

目 錄

第一章	緒 論.....	5
第一節	研究動機.....	5
第二節	研究目的.....	7
第三節	研究方法.....	8
第四節	論文架構.....	8
第二章	墮胎之定義.....	11
第一節	墮 胎.....	11
第一項	通俗上之墮胎.....	11
第二項	法律上之墮胎.....	12
第二節	人工流產.....	17
第三節	墮胎與人工流產.....	18
第三章	墮胎罪之立法及沿革.....	21
第一節	古代法.....	22
第二節	寺院法.....	24
第三節	中國歷代法例.....	26
第四節	當代各國立法例.....	27
第一項	亞洲概況.....	28
壹、	日本立法例.....	28
貳、	亞洲其他各國.....	30
第二項	歐洲各國.....	31
壹、	德國立法例.....	31
貳、	英國立法例.....	33
參、	歐洲其他諸國.....	36
第三項	美國立法例.....	37
壹、	羅伊對威德案.....	39
貳、	韋伯斯特對生育保健診所案.....	46
參、	東南賓夕凡尼亞州家庭計劃中心對凱西案	

第五節	我國優生保健法之立法沿革.....	52
第一項	現實之需求.....	52
第二項	需求之妥協.....	56
第四章	生命權與墮胎權之爭議.....	61
第一節	生命權之主張.....	62
第一項	宗教道德上之觀點.....	62
第二項	生命起點之爭議--墮胎或殺人.....	65
第二節	墮胎自由權之主張.....	69
第三節	贊成與反對意見之角力.....	74
第四節	本文看法.....	78
第一項	生命權之相對性.....	78
第二項	墮胎合法化之趨勢.....	80
第三項	道德的憂慮與法律的威嚇.....	90
第四項	墮胎問題本質上是個宗教問題.....	94
第五項	胎兒生命權保護之起點及限制.....	100
第六項	小 結.....	108
第五章	我國刑法之墮胎罪.....	115
第一節	前 言.....	115
第二節	墮胎罪所保護之法益.....	118
第三節	墮胎行為.....	121
第一項	一般墮胎行為.....	122
第二項	藥物墮胎行為—RU486.....	126
壹、	RU486 之發明史.....	128
貳、	各國對 RU486 之使用情況.....	129
參、	台灣對 Ru486 之管制.....	130
肆、	Ru486 之用法及併發症.....	132
伍、	使用 Ru486 相關之法律及命令.....	135
第四節	墮胎罪之構成要件.....	138
第一項	墮胎罪之共同構成要件.....	138
壹、	有墮胎行為.....	138
貳、	有行為主體.....	139
參、	有行為客體.....	139

肆、	有行為結果	141
伍、	須為故意	141
陸、	本罪為即成犯	143
第二項	墮胎罪之特別構成要件	143
壹、	自行墮胎罪	144
貳、	聽從墮胎罪	145
參、	加工墮胎罪	146
肆、	圖利加工墮胎罪	149
伍、	未受囑託或未得承諾墮胎罪	150
陸、	公然介紹墮胎罪	153
第三項	墮胎罪之加重結果犯	156
第五節	墮胎罪之阻卻違法事由	159
第一項	優生保健法	159
壹、	優生保健法立法宗旨	160
貳、	優生保健法人工流產之要件	164
參、	告知與承諾	173
第二項	不得阻卻違法之情況	177
壹、	非優生保健醫師施行人工流產手術	178
貳、	非合法醫師施行人工流產手術	181
參、	無第九條人工流產之適應症而墮胎	184
肆、	藥房賣 RU486	185
伍、	違反施行細則第 15 條	186
第三項	其他得阻卻違法之例子	187
壹、	剖腹生產	187
貳、	引產催生	189
參、	生殖醫學技術中之減胎手術	189
肆、	子宮外孕	191
第六節	墮胎罪之阻卻刑罰事由	192
第六章	結論及建議	195
第一節	結 論	195
第二節	建 議	202
第一項	立法矛盾須解決	202

墮胎罪之研究

第二項	法律政策方向先確定.....	203
第三項	適度修法之必要	205
第四項	修法之建議.....	205

第一章 緒 論

第一節 研究動機

從事婦產科醫療工作已近三十年，雖不敢說有何成就，但從工作當中確也增長了不少閱歷與智慧。在多年的臨床體驗中，也幾度感受到一些與醫療有關的法律問題，頗令人深思。

在大多數醫師一輩子的行醫生涯中，最大的精神壓力不是來自工作，也不是來自家庭，而是來自對司法的恐懼。因為一般的醫師通常都不懂法，於是，在談到醫療糾紛¹時，不管有沒有親身遭遇過，它一直是台灣每一位醫生在行醫時心裡永遠無法抹去的一個陰影；而如果從事的是婦產科，則除了醫療糾紛之夢魘外，他還多了一個墮胎罪的法律陰影，因為人工流產正是婦產科醫師經常必須要接觸且勢必會遇到的日常工作之一。

或許，婦產科醫師的這種感受是難以為外人道的，但同樣身為婦產科醫界的一員，我卻能深深體會個中的這些悲喜與辛酸。尤其，在早期人工流產尚未合法化時，就曾親聞不少婦產科醫師因為替病人施行人工流產而遭受刑罰之制裁。固然，無可否認的，有不少婦產科醫師會因為貪圖墮胎之金錢利益而觸法，但其間也曾耳聞一些令人尊敬的前輩醫師，因當時特殊的

¹ 廣義的醫療糾紛，泛指醫療過程中所有醫病雙方的不和諧；狹義的醫療糾紛，則是指病患或其家屬親友，對醫療結果不滿意而追究醫護人員是否有過失責任；本處所說醫療糾紛，係指狹義的醫療糾紛。參見李毓珮著，醫療糾紛處理機制之探討，台北大學法學系碩士論文，90年6月，30頁至31頁。

司法環境與風紀問題而被故陷於罪含冤莫白，甚至至死仍憤恨難平。而平常於同儕在各種場合的閒聊中，也對台灣的司法風紀留下了深刻而難以言喻的特殊印象。當然，隨著時空的轉變和台灣司法風紀的漸次改善以及優生保健法的立法施行，這些或許都已成天寶舊事歷史陳跡了。

但墮胎所引發的各種問題並沒有就此消失，因為自人類嘗試控制生育以來，墮胎本就是用來控制生育最古老的方法之一，而它也一直是這些方法當中最引起爭論的一種方法。相較於其他控制生育的方法，從來沒有一個會像墮胎一樣，在道德、宗教和法律上引起這麼多世界性以及地區性的話題與爭議；甚至在某些國家中，它更引致了各種政治上尖銳的情緒與對立。

一般而言，現代各國對於墮胎行為可罰性的評價標準及範圍，都已較以前顯為緩和多了；而且，對於一些基於優生學上、醫學上、倫理上甚至社會經濟上之觀點，而在一定範圍內所行的墮胎行為也大致都能予以容忍，社會及民眾對此也大概都能接受認可。因此，在當今世界各國的立法上，漸漸都有將上面所述的這些理由採為阻卻違法事由之趨勢，這也就是我們通常所謂的「墮胎合法化²」。

台灣地區，雖然在 1970 年代初期就著手優生保健法的草擬，但是卻經過了十多年的爭議、辯駁、擱置以及修改，遲至 1985 年 1 月 1 日才開始實施優生保健法，從這個時候起，人工流產在台灣才終於取得合法之法律依據。但是，有關人工流產合法化的各種爭議（也就是所謂墮胎合法化的爭議），是否就因此而止息了呢？當然沒有。事實上，相關的各種爭議始終一

² 通常所謂墮胎合法化，即是指此而言，並非泛指一切墮胎行為皆可自由行之。

直持續著，尤其近年來，因為 RU-486 的引進國內，更掀起了另一波論戰，至今未休。可見，墮胎始終是個極具爭議性且甚有趣，更是一個值得深入探討的法律問題。

第二節 研究目的

雖然，在日常的門診工作中，我們也常看到許多少不更事的少女，帶著漠不在乎且無所謂的態度，進到門診要求醫師替他作人工流產，甚或一群少女少男嬉鬧嘩笑著來到婦產科的診間要求墮胎。但是，在大多數情況下，我們所看到的，常常都是一張張無奈、徬徨、甚至噙著淚水的臉孔。

這些人在尋求婦產科醫師幫助時，顯得是那麼無助與無奈，但是為了個人因素、經濟因素、社會因素或者家庭的困境，而愧疚的來行墮胎手術。他們的行為雖然令人同情，社會危害性也不顯著，但是依法論法，只要刑法墮胎罪章存在一日，他們的行為就有可能該當了刑法墮胎罪的構成要件。雖然在優生保健法實施後，只要合乎優生保健法規定的人工流產都得以阻卻違法，但刑法是刑事法的基本法，只要刑法墮胎罪章存在一日，我們仍不能說在台灣墮胎已除罪化。

依法論法，人工流產在我國基本上是個刑事犯罪行為，即連幫助的醫生護士也都不能不說是犯了墮胎罪章相關之各罪。但是在台灣，每天卻有這麼多人需要依此來解決困難，甚或是脫出困境唯一希望之所寄，而社會大眾對此也大概都能寄予同情與諒解，這實在是個突兀且令人困惑的畫面。是社會的價值觀出了問題？或墮胎罪的存在已不合時宜？抑或我們的立法上有了偏差而與現實脫節了？這實在是個值得令人深思的問題。

此外，從法理上探討，既然我國目前刑法規定有墮胎罪一

章，表示我國立法精神上，原則是禁止墮胎的，而只是在優生保健法的規範下，才例外允許墮胎。但實際上，依現行我國優生保健法鬆散之規定，可以說所有有意進行墮胎的人，只要遵守遊戲規則，幾乎大部份都可合法墮胎。如此一來，造成了『原則是少數，絕大部份是例外』之不正常現象，形成法律與政策的精神分裂，更顯示出法律與政策之矛盾。

因此，本文嘗試探究墮胎罪之除罪化及入罪化的各種爭議，並試圖探討我國有關墮胎的社會環境及時空背景，更希望能理出對於墮胎罪在刑事政策上可行的路。

第三節 研究方法

本文嘗試透過歷史的了解、各國立法的比較和從宗教上、道德上以及法理上的觀點來了解各種支持和反對墮胎的看法，尤其參考美國著名判例，來探究對於墮胎罪的本質與其各種爭議。更試著由此了解我國對墮胎罪的法律方向，企盼能提出一些合宜可行的建議。

至於刑法墮胎罪章中各罪之詳細介紹，由於在眾多刑法大師的刑法各論教科書裡對此都已有精闢的演譯，所以，本文就不擬再於文中作深入的探討，而只作大略的整理。

第四節 論文架構

本篇論文共分為六章，各章之重要內容如下：

第一章「緒論」闡明本篇論文之研究動機、目的、方法及簡述論文之架構。

第二章「墮胎之定義」，從通俗一般人所謂的墮胎，進而

探究「墮胎」一詞在法律上的特定意義，並與醫學上所稱的「人工流產」比較其異同。

第三章「墮胎罪之立法及沿革」，首先了解在古代法中，墮胎並非刑罰的對象，墮胎之為罪乃近代演變的結果。繼而介紹現今各國對於墮胎的立法例及其在法律上的演進，尤其特別介紹美國最高法院幾個有關墮胎的著名判例及其法律見解。最後介紹我國從刑法墮胎罪嚴格處罰墮胎行為，到制定優生保健法幾乎接近墮胎合法化的開放人工流產，這一段立法的時空背景及其沿革。

第四章「墮胎權與生命權之爭議」，從正反兩方的見解來探究現今仍爭議不休的墮胎權的各種爭辯，再提出本文的看法以及本文贊成墮胎合法化的見解，當然本文也提出了限制墮胎權之合理時點的理論基礎。

第五章「我國刑法之墮胎罪」，將我國現行刑法之墮胎罪章作一簡單整理，討論刑法墮胎罪所保護之法益，並介紹各罪之共同構成要件及其各別之構成要件。在本章最後，再介紹優生保健法作為墮胎罪阻卻違法事由的各種要件及其限制；並討論幾個可能與墮胎罪相關的臨床醫學及法律實務上的一些問題，釐清其疑義。

第六章「結論及建議」，就前面各章的論點作一總結，並提出適當的修法建議。

第二章 墮胎之定義

第一節 墮胎

我國刑法在第二百八十八條至第二百九十二條設有墮胎罪一章，對於有關墮胎之各罪作處罰的規定，但對於「墮胎」一詞並未在法條中作明文的定義。而「墮胎」這一名詞，也不見於各婦產科教科書中，意思較接近的名詞應是「選擇性或志願性流產（elective or voluntary abortion）」一詞，其定義為：「非為母體健康或胎兒疾病之因素，僅因孕婦之請求而在胎兒能存活前中斷妊娠¹。」

第一項 通俗上之墮胎

事實上，墮胎應是個通俗的用語，在一般觀念中，是「為了阻止胎兒之生存，於其自然出生前，用人為方法將其排出母體外之行為，或將其於母體內予以毀滅之行為，均屬墮胎。前者場合不以胎兒死產為必要，只要使胎兒早產，出生後雖仍活著，也屬墮胎²。」但要特別說明，在後一種情況，將胎兒於母體內予以毀滅後，雖然未即時排出母體之外，但在一般情況下，胎兒死亡後，通常仍多會接著誘發自然流產，如果未續發

¹ 參見 F. Gary Cunningham et al : Williams Obstetrics, 20th ed. 1997, p594.

² 參見黃宗樂監修，六法全書刑法，保成文化公司，84年11月，修訂二版，1037頁。

自然流產，在絕大部分情形下，也仍須借助人工流產手術來將死胎排出母體外。因此，不管是前者或後者，二者將胎兒排出母體外的結果是一致的，而二者以人為的方法達到中絕妊娠的目的也是一致的。

在商務印書館編的國語辭典中，對墮胎之定義為：「用藥品或人工方法，使胎兒未及期而流產。通稱打胎³。」可謂簡單而明瞭，依此定義，和前段所述的墮胎定義也是相通的，只要用人為方法讓胎兒在妊娠屆期前即排出母體外即是，不論胎兒於排出當下是否尚活著。台灣東華書局編之漢語大詞典則定義為：「墮胎，胎兒墮落；流產。……今多指人工流產，通稱打胎⁴。」而以台灣中華書局編之辭海的定義：「用藥品或其他方法，以侵害胎兒之生命為目的，而故意使之於自然生產之前脫離其母體也⁵。」為最清楚且嚴謹。

第二項 法律上之墮胎

法律上所謂之『墮胎』，其定義為何？我們可以簡單的說，『蓄意』的殺死一個發展中的人類胎兒即是⁶。但是細究『墮胎』在法律上的定義，其是否和通俗所謂的墮胎同一意義？或者即等同於醫學上所稱的人工流產？或者法律上的『墮胎』有其特別的意義？

³ 參見台灣商務印書館編，重編國語辭典，第一冊，1957年8月，七版，988頁。

⁴ 參見台灣東華書局編，漢語大詞典，第二卷，1997年9月，初版，1212頁。

⁵ 參見台灣中華書局編，辭海，1997年9月，初版，1144頁。

⁶ 套用德沃金的說法。參見 Ronald Dworkin 著，郭貞伶、陳雅汝譯，生命的自主權（Life's Dominion），商周出版，2002年9月，初版，7頁。

在我國刑法中雖設有墮胎罪一章，但對於何謂墮胎卻未曾給予明文的定義。

（一）有的學說認為墮胎是「使胎兒早產之謂」，凡未屆胎兒自然分娩之期，使其出生者均是，而不問胎兒是生或死。如依此學說，則所謂墮胎，係於妊娠自然分娩期前，以人為方法將胎兒排出於母體即是⁷，至於胎兒之生命是否受到侵害，則在所不問，只要有此行為，罪即成立。

（二）也有學者主張謂：「使胎兒早產，或將胎兒殺死於母體中之行為⁸。」實務上也有採此見解者，即「為阻止胎兒之生存，於其自然出生之前，將其排出於母體外之行為或將其於母體內予以毀滅之行為，均屬於墮胎⁹。」此說對於墮胎之法律上的定義，和前面所述之一般通俗所謂的墮胎，二者大致相同。

（三）更有謂「除了使之早產和於母體中殺害胎兒外，尚須將母體內已無生機之胎兒引離母體」才算墮胎。不過，若採此說，則必然形成法律適用上之漏洞，蓋當事人可先將胎兒殺害於母體內，再由無意思聯絡之第三人為引離母體之行為，以規避刑法之適用¹⁰。

（四）另有學者主張，除了「使胎兒早產，或將胎兒殺死於母體中之行為」外，尚包括「意圖侵害胎兒生命而加害胎

⁷ 參見孫遠釗著，墮胎罪之研究，刑事法雜誌，第 25 卷第 4 期，70 年 8 月，26 頁。

⁸ 但林山田教授則認為須「胎兒之產出與胎兒之死亡在時間上具有密接關係」始足構成墮胎，參見林山田著，刑法各罪論，自刊，2000 年 12 月，二版，87 頁。

⁹ 參見蔡墩銘著，刑法精義，翰蘆出版公司，1999 年 11 月，一版，591 頁。

¹⁰ 參見楊永成著，墮胎罪與優生保健法，刑事法雜誌，第 31 卷第 6 期，76 年 12 月，60 頁。

兒的行為¹¹」。

而立法例向有採早產說也有採殺害說者，主張人為早產說者，只要於自然分娩前以人為令其排出母體即是，不論胎兒是否尚有生命，法國和瑞士採之。主張胎兒殺害說者，如僅早產而胎兒猶生，則非墮胎。否者須殺害胎兒於母體內，因此，其是否既遂以胎兒是否被殺害為準，德國採之。

觀我國墮胎罪之立法理由：『暫行新刑律第三百三十二條補箋謂墮胎之說不一，有主張胎兒殺死說者，僅令早產，而胎兒猶生，非墮胎。有主張人為早產說者，不問胎兒之生死，凡未至自然分娩時期，以人為令其早產者，即為墮胎。揆之法理，墮胎之必罰，所以維持風俗，保全公益。前說失之隘，宜以後說為是。』可見，我國立法是採早產說。但是如果全依「早產說」這個定義，因不涵蓋殺害胎兒於母體內，其必然形成漏洞，是顯而易見的¹²。因此，在實務上似採折衷說，認墮胎罪之成立，以殺死胎兒或使之早產為要件¹³。

另外，若純採早產說，依此定義，則一般產科臨床上常見的「剖腹生產」，如果沒有特別原因（如難產、胎兒窘迫等），在我國法律上似應認為構成了墮胎罪。這點，恐怕是早期寫立法理由者未及考慮之處了。

參考優生保健法，則在該法第四條中對人工流產有清楚之說明：「稱人工流產者，謂經醫學上認定胎兒在母體外不能自

¹¹ 參見前田雅英著，董璠輿譯，日本刑法各論，五南圖書公司，89年5月，初版，60頁。

¹² 參見楊永成著，墮胎罪與優生保健法，刑事法雜誌，第31卷第6期，76年12月，60頁。

¹³ 25上1223號：「墮胎罪之成立，以殺死胎兒或使之早產為要件，若係未遂或不能發生結果，除成立他罪外，僅限於刑法第二百九十一條第一項之情形，始有處罰明文。」

然保持其生命之期間內，以醫學技術，使胎兒及其附屬物排除於母體外之方法。」而對於何謂胎兒尚不能自然保持其生命之期間，優生保健法施行細則第十五條也定有期限，「妊娠二十四週內」¹⁴。

因此，有學者認為，刑法之所以設墮胎罪一章，其所要保護的主要法益乃係胎兒之生命、身體安全，因此墮胎罪涵蓋的範圍，似乎以「經醫學上認定胎兒在母體外不能自然保持其生命之期間內」，即為已足。且若經人為造成早產，但「出生後如有生存的可能，則只是誘發在自然分娩期之前出生的行為，不應評斷為墮胎¹⁵。」所以，有學者主張，優生保健法所稱之人工流產，可以拿來用作刑法「墮胎」之定義。如再將『胎兒』重新給予定義清楚，則墮胎行為與人工流產行為，即無何差別了，僅其行為之主體不同而已。在人工流產，須由合格醫師為之，而墮胎則除合格醫師外，非合格之醫師、懷胎婦女及其他第三人均得為之。

在日本「優生保護法」中，於該法第二條也規定，人工流產是「在胎兒於母體外不能繼續保持生命之時期，將胎兒及其附屬物排出於母體外。」學者¹⁶也多肯認，依此定義人工流產相當於刑法上的墮胎行為。如依此主張，則刑法墮胎罪章之「墮胎行為」可定義為：『以人為方法，於胎兒尚不具獨立存活能力前，將胎兒排出於母體，或殺死於母體內之行為，即為墮胎

¹⁴ 優生保健法施行細則第十五條第一項：「人工流產應於妊娠二十四週內施行。但屬於醫療行為者，不在此限。」

¹⁵ 參見前田雅英著，董璠輿譯，日本刑法各論，五南圖書公司，89年5月初版，60頁。

¹⁶ 參見前田雅英著，董璠輿譯，日本刑法各論，五南圖書公司，89年5月初版，61頁。

17。』而胎兒獨立存活能力之期間，定為二十四週。

但如果真依此定義，那麼對妊娠二十四週以後之胎兒，如果以人為方法使其早產而胎兒並未死亡，照此定義將不能成立墮胎罪了，如此在法律對生命的保護上又將產生一極大的漏洞。況且，墮胎罪所保護的主要法益除胎兒生命法益外，尚包括胎兒之安全，上述之情況，雖未馬上破壞胎兒之生命法益，但卻已嚴重侵害胎兒安全成長之法益，若不能將之置於法律的保護之下，於理實在有所不通。除非像學者所建議的，同時修改「人」之定義，認為『懷胎二十四週以後』之胎兒起即為法律上的人¹⁸。但如此，不僅滋事體大，牽一髮而動全身，且將更衍生許多問題與爭議，恐尚非現時之社會及學界所能接受。何況，懷胎二十四週以後之胎兒，雖然有極大潛在的可能成為一個「人」，但他終究還附著在母體子宮中，尚未獨立生存為一個人¹⁹。就像長在蘋果樹上的一顆成熟蘋果，如果種在泥土中，有極大潛在的可能會長成一棵蘋果樹，但我們絕不能說長在樹上的這顆蘋果就是一棵「蘋果樹」。就像毛毛虫結繭化成蛹後，也有極大潛在的可能會變成一隻蝴蝶，但我們絕不可能會對著這個蛹說：「啊！好漂亮的一隻蝴蝶。」

因此，在「人」之定義未有全盤的改變前，實務上對於墮胎之定義，似乎仍然是目前最妥適的定義。我們可以將刑法墮胎罪之「墮胎行為」定義為：『以人為將胎兒殺死於母體中，

¹⁷ 參見甘添貴著，體系刑法各論第一卷，自刊，1999年9月初版，153頁。

¹⁸ 參見甘添貴著，人工流產與殺害胎兒，台灣本土法學，第19期，2001年2月，119頁。

¹⁹ 學者麥克杜立也主張「可能的人不等於實現的人」。參見孫振青著，倫理問題探索：論墮胎的道德性與合法性，東吳哲學傳習錄，第二號，82年5月，6頁。

或於未至自然分娩時期，以人為使之早產者，即為墮胎²⁰。』

第二節 人工流產

人在未出生之前，於母親體內懷胎之時間²¹約為四十週，而後瓜熟蒂落，呱呱墜地。如果在妊娠足月²²屆期自然分娩之前，胎兒因任何意外而排出母體之外，通常稱之為『流產』。但流產並不一定是因為意外所引起的，其中也有不少乃是蓄意造成者，例如：用藥物、器具或其他之方法，將未屆分娩期之胎兒排出母體外皆屬流產。因此，又將前一情形稱為「自然流產」，而稱後一情形為「人工流產」，以資區別。

在醫學上，『流產 (abortion)』的定義乃是：「在胎兒發育至能夠存活前因任何方式而將妊娠終止²³」，至於什麼期間算是『胎兒能夠存活前』？一般都將此定義為最後一次月經來的第一天算起二十週，此時胎兒約重五百公克，因此在最後一次月經起二十週以前之妊娠終止在醫學上通稱作流產²⁴。而流產

²⁰ 40 台上 216：「墮胎罪係以使胎兒早產或殺害胎兒於母體內為構成要件。」

²¹ 懷胎時間，在婦產科學上有二種不同的表示法，胚胎週數與妊娠週數（月經週數），前者指從受孕日起算之胎兒齡，後者則從最後一次來月經之第一日起算。因為確定之受孕日不易掌握，所以臨床上都以妊娠週數（月經週數）來計算懷胎時間。在所有活產新生兒中，據統計約有 87% 在妊娠足 37 週以後才出生。參見 F. Gary Cunningham et al : Williams Obstetrics, 20th ed. 1997, p798.

²² 在婦產科學上，凡妊娠週數足 37 週至足 42 週（260 至 294 日）間生產者皆稱為足月生產。參見 F. Gary Cunningham et al : Williams Obstetrics, 20th ed. 1997, p2.

²³ 參見 F. Gary Cunningham et al : Williams Obstetrics, 20th ed. 1997, p582.

²⁴ 也有人將此稱為小產（miscarriage）。

之發生，如果是因為用藥物或手術等各種的醫學方法所形成者，則稱之為「人工流產」，不論其為合法或非法。

在丹青版的大不列顛百科全書中文版中對於流產也有很簡明而清楚的解釋：「流產（abortion），胎兒未發育到能獨立生存的階段（在人類為妊娠 20 週）便被排出子宮的現象。可自然發生（自然流產），可有目的地人工引起（人工流產）²⁵。」在 Black's Law Dictionary 中對流產（Abortion）的定義為：「The spontaneous or artificially induced expulsion of an embryo or fetus（因自發或人為所引致之胚胎或胎兒的排出）²⁶」

至於妊娠二十週後至妊娠足月（滿三十七週）前的妊娠終止，醫學上稱之為早產（Preterm Birth）²⁷。

第三節 墮胎與人工流產

由上面這些定義，我們可以發現，醫學上所稱的人工流產與一般通俗所謂的墮胎，二者就其行為本身而言，並沒有很大的不同，只是於名稱上有所差別而已²⁸。但法律上所稱的墮胎，在時間上卻是自受胎時起至自然分娩期為止，時程上涵括了醫學上所說的『流產』與『早產』。所以，更精確的說，醫學上所謂的『人工流產』再加上人為的『早產』就是我們一般所稱的『墮胎』了。也就是說，人工流產涵括於墮胎之中，是墮胎

²⁵ 參見丹青圖書有限公司出版，大不列顛百科全書中文版，76 年 9 月，351-352 頁。

²⁶ 參見 Bryan A. Garner : Black's Law Dictionary, 7th ed. 1999, p5.

²⁷ 參見 F. Gary Cunningham et al : Williams Obstetrics, 20th ed. 1997, p797.

²⁸ 參見蔡振修著，醫事過失犯罪析論，中華民國醫事法律學會，85 年 6 月 16 日，258 頁。

行為的一種。

但是，實務上我們會發現，絕大部分的墮胎都是以人工流產行之。因為在妊娠中後期才來實施的中絕妊娠，大部分都是為了醫療上的原因（如胎死腹中、胎兒畸形等），在臨床上，這所佔的比率極小。臨床上所施行的墮胎手術，絕大多數都是在妊娠十二週以內實施之人工流產。因此，不管是通俗上、醫療實務上或法律上，一說到墮胎，絕大部分講的，其實就是人工流產。當然，就如前面所述，兩者之間還是有些微差別的。

第三章 墮胎罪之立法及沿革

在古代法和普通法裏面，我們並未看到有除了為拯救婦女生命外絕對禁止墮胎的規定，這可能和一般我們所想像的恰好相反。

就歐美而言，有關墮胎的立法是十九世紀以後的事，十九世紀以前，在一般盛行普通法的國家中，懷孕的婦女隨時都可得到墮胎的醫療服務¹。可以說，關於墮胎罪之立法史，歷時其實並不甚久遠，近代各國刑法嚴厲的處罰墮胎之態度是非常晚近的事²，這種態度應是十九世紀後半葉以後法律改變的結果³。

是否應（和在何種程度上）允許、鼓勵人工流產，還是應嚴加禁止墮胎，長久以來，一直就是一個社會問題，近幾百年來，神學家、哲學家、立法者還有政客們常為此而爭論不休。基督教神學家則是在很早就猛烈譴責墮胎的，但也是到了十九世紀才開始普遍對墮胎行為實行嚴厲的刑法制裁。

二十世紀之後，這些嚴格禁止墮胎的法令，在許多國家中又開始受到不同形式的修改。首先在蘇聯（1920），隨後在許多東歐及斯堪地那維亞國家（20世紀50年代），出現了一個浩大的社會運動，要求放寬或停止對墮胎的限制。在60年代，美國許多州也通過了准許墮胎的立法。1967年，英國通過了墮

¹ 見陳美華著，婦女墮胎權——論露對威德案，東吳政治學報，第5期，85年1月，52頁。

² 參見林憲同著，墮胎合法化之立法問題，刑事法雜誌，第17卷第6期，62年12月，12頁。

³ 參見蘇朝榮著，墮胎，是耶？非耶？，醫事法學第一卷第五、六期，75年，84頁。

胎法案。1973年，美國最高法院在「羅伊控威德案」判決中宣稱，限制墮胎的州法規是不適當的違反憲法的。但緊接著馬上在社會上出現了一個對抗的運動，要求恢復對墮胎條件的嚴格控制。這場爭論至今仍與社會及政治上的衝突糾纏在一起，尤其每逢選舉，必然又要發作一次。稍後，在歐美各國的憲法法院或最高法院也都陸續對墮胎作出了判決。

第一節 古代法

就法制史以觀，墮胎罪之立法，歷時並不甚久遠。在古遠時代，社會結構粗疏，人權觀念淡薄，現代刑法對墮胎罪所持的保護母體私人權益和為維護民族生命、人口政策及善良風俗的社會法益觀念，在古代社會是很難形成的⁴。因此，墮胎是否構成犯罪，或墮胎行為應否加以禁止，在古代社會，無論任何民族，似均未加以過問。原始狩獵時代，公然遺棄老人或殺害嬰兒，固為常見之事，時至今日，也仍有若干未開化之民族，尚且保留此種習慣，其對於墮胎行為毫無犯罪之意識，自屬當然⁵。有學者調查研究初民社會之後發現，墮胎至少存在了有五千年，而且，作為一種控制人口的方式，墮胎普遍的存在於各個社會之中⁶。因此在古代社會，墮胎行為並不常被視為犯罪。若干聞名之古代法典，未見有墮胎罪之規定⁷。例如：巴比倫之

⁴ 參見林憲同著，墮胎合法化之立法問題，刑事法雜誌，第17卷第6期，12頁。

⁵ 參見蘇朝榮著，墮胎合法化之探討，刑事法雜誌，第23卷第4期，68年8月，33~34頁。

⁶ 參見陳美華著，婦女墮胎權—論露對威德案，東吳政治學報，第5期，85年1月，52頁。

⁷ 參見蘇朝榮著，墮胎合法化之探討，刑事法雜誌，第23卷第4期，68年

漢摩拉比（Hammurabi）法典，即無墮胎罪之獨立規定，僅將墮胎作為傷害罪之加重形式，規定「毆打婦女，以致使其喪失胎兒者，根據她的地位課以罰款⁸。」；希伯來法律，對此類情況，也只課以罰款；印度之摩奴（Manu）法典，亦無墮胎之處罰規定⁹。摩奴以後之法典上，雖有「以劍擊人而殺害胎兒者處」等等之規定，亦僅為暴行結果之殺嬰，仍係傷害罪之加重類型。

古代之希臘、羅馬法律是不處罰墮胎的¹⁰，流產和殺嬰乃是常見的為社會所接受的節育方法。他們認為胎兒只是母體的一部份，而非受刑法保護的客體，婦女墮胎無可罰性。柏拉圖¹¹在「理想國」一書中，就曾提出優生、優育以及限制人口數量的問題¹²，他甚至認為：「在超過或未滿規定年齡生育者，雖亦可自由結合，但是必須打掉胎兒¹³。」據說，亞里斯多德¹⁴曾建議一對子女滿堂的夫婦去墮胎，因為他認為「未成形的孩子是無生命的」。在此時代，不獨無墮胎罪之規定，甚至，反而有獎勵墮胎之情形。因此，羅馬法至凱撒大帝時代才開始處罰墮胎行為，但亦僅是因為其侵害了父對生子之期待權而已，其所

8 月，33~34 頁。

⁸ 參見邱仁宗著，生死之間—道德難題與生命倫理，中華書局，1988 年 9 月，初版，79 頁。

⁹ 參見郭旭崧莊人祥著，山城杏話，合記出版社，85 年 1 月，121 頁。

¹⁰ 參見林憲同著，墮胎合法化之立法問題，刑事法雜誌，第 17 卷第 6 期，62 年 12 月，13 頁。

¹¹ Plato，約西元前 428-348/347，古希臘三天哲學家之一。

¹² 參見郭自力著，生物醫學的法律和倫理問題，北京大學出版社，2002 年 5 月，第 1 版，305 頁。

¹³ 參見威爾杜蘭著，許大成等譯，西洋哲學史話，協志工業叢書，53 年 6 月，6 版，37 頁。

¹⁴ Aristotle，西元前 384- 322，古希臘哲學家。

保護的主要是父親因為失去合法繼承者所受到的夫權之損失，故未婚婦女之墮胎，或得夫之同意而墮胎，即不為罪。

醫神（或稱醫藥之父）希波克拉底¹⁵的誓言中曾有段話：「我不因被要求而拿致死的藥給人服用，也不勸人服用致死的藥物，我也不給婦女墮胎的藥。」但是，這主要是道德的宣示並非法律的規定。當時的醫生很少會理睬此一誓言，仍替所有請求的婦女墮胎¹⁶。

古代之猶太教，基於民族及抗敵的需要，極力鼓勵人口增殖，相傳少有墮胎之情形，因此，也僅有巴比倫式之傷害罪加重形態之規定，並無墮胎行為之禁止規定。日爾曼刑法思想中，墮胎只有從親屬法上侵害權利之點有其法律上意義，其效果也僅止於財產權上之賠償。換言之，對於墮胎，係基於物質之出發點，因為違反懷胎婦女本人之意思而為之，始為處罰對象，否則，即為無罪。在日本，古律亦無墮胎罪之規定。

由上述這些歷史可知，在這些時期，對於墮胎之評價，毫無犯罪之意識，須其與傷害罪結合，始構成傷害之結果加重罪，否則，通常即不具備可罰性。

第二節 寺院法

法律上禁止墮胎，似係始於羅馬帝國末期至中世紀之寺院法，墮胎行為被視為係殺人之一種，及至十五世紀，類似之看法乃普遍為基督教國家之普通法所規定。而墮胎之獨立成罪，且普遍由國家以刑罰權加以禁止之事實，則尚屬近百餘年之事

¹⁵ Hippocrates，大約西元前 460-377，古希臘醫師。

¹⁶ 參見嚴久元著，當代醫事倫理學，橘井文化公司，79年2月，2版，213頁。

17。
。

在基督教成立的初期，對於墮胎，其實也並未以犯罪視之的。及至教會成立後，才開始從倫理及刑事裁判之立場來探討墮胎問題，而將墮胎與殺嬰作同樣之觀察。在寺院法（Canon Law）時期，認為胎兒係獨立存在之法益，所以墮胎是殺人罪之一種。教會認為，母體內胎兒在某一時期即有靈魂存在，而依據教會法，胎兒被賦與靈魂之時間，依男女而有不同，男性通常在懷孕後 40 天，女性則為 80 或 90 天。此時墮胎即係將被神授與靈魂者的殺害。因此，基督教寺院法經過多次的宗教會議，在西元 629 年，終於在君士坦堡的會議上，決定將墮胎與殺人等同視之。他們認為，殺人或將尚在形成為人之初期的胎兒，與自神手中授與靈魂之時加以殺害，二者並無任何差異。後來又於緬茲（Mainz）之宗教會議中，將墮胎規定於殺嬰與殺人之間。其間，也因為關於胎兒靈魂之見解的不同，使墮胎罪之處罰，常因各該時期羅馬教皇之見解相異，而有時重時輕之不同。

自此之後，羅馬天主教會即非常嚴厲的批評墮胎。這又可分為三階段來說¹⁷，在十二世紀以前，不論胎兒有無生命力，法律處罰任何階段的墮胎行為，第二階段則區別胎兒已否成型，而分別規定處罰或不處罰，已成型的胎兒被認為具有性靈。但到了 1869 年教皇庇護九世（Pius IX）¹⁹時，又回復到從前嚴厲

¹⁷ 參見孫遠釗著，墮胎罪之研究，刑事法雜誌，第 25 卷第 4 期，70 年 8 月，26 頁。

¹⁸ 參見林憲同著，墮胎合法化之立法問題，刑事法雜誌，第 17 卷第 6 期，62 年 12 月，14 頁。

¹⁹ 庇護九世，1792 年 5 月 13 日至 1878 年 2 月 7 日，1846 年 6 月 16 日經選舉為繼格利果十六世之後的教皇，他是天主教歷史上在位最久的教皇。

的處罰態度而不加區別了。直到今天，羅馬教會嫉視墮胎的態度仍然堅強如故。梵蒂崗第二次基督教會議便重申他們反對墮胎的堅決態度，將墮胎和謀殺、滅族、自殺、安樂死相提併論，把墮胎和這些行為都看做最卑劣的殺人行為。

第三節 中國歷代法例

中國古代法典之編纂，信而有徵者，應自戰國時期魏之李悝肇造「法經」開始²⁰；而我國古代律法，並未見有墮胎罪之獨立規定。唐代之唐律鬥訟律第三條，對於墮胎行為，僅作為傷害罪之結果加重犯，其規定為：「若刃傷，及折人肋，眇其兩目，墮人胎，徒二年。（墮胎者，謂辜內子死，乃坐。若辜外死者，從本毆傷論）²¹」。對此規定，唐律疏議曰：「謂在母辜限之內子死者 或雖在辜內胎落而子未成形者，各從本損傷法，無墮胎之罪」。由此可見，本條規定，一如上述之漢摩拉比法及摩奴法，僅將墮胎作為傷害之一種，並未將墮胎規定為獨立之犯罪類型。抑有進者，本規定，復以胎兒成長之程度（是否已具備人之形體），作為認定傷害結果輕重之標準。我國古代，並無視墮胎為獨立犯罪而加以處罰之刑法思想，由此規定可見一斑。蓋因中國古來之法思想中，本即素無胎兒保護之觀念。

清律以前的舊律，對墮胎罪也沒有明確之規定，惟道光元年之大清律例曾對墮胎罪之處罰，設有明文，但亦僅限於因姦

²⁰ 參見王振先著，中國古代法理學，台灣商務印書館，55年10月台一版，2頁。

²¹ 參見郭旭崧莊人祥著，山城杏話，合記出版社，85年1月，121頁。

墮胎致婦女於死之情形²²。到了近世，在岡田朝太郎協助起草的大清新刑律中，始以「墮胎之行為，戾人道、害秩序、損公益」為由，乃「仿歐美日本各國通例」，增設墮胎罪之獨立規定²³，另又加上墮胎致死傷的處罰條文²⁴。民國肇建後，我國歷次刑法不但處罰參與墮胎者，也處罰自行墮胎之孕婦本人，也係參考歐陸各國之立法例而來。

而依立法院刑法草案說明，可知我國所以將墮胎認為獨立之犯罪，乃由於「揆諸法理，墮胎之必罰，所以維持風俗，保全公益。」申言之，胎兒是人的原始形成階段，於保障人之權利能力與生命法益的同時，當然應該兼及胎兒之保護。但是，胎兒只能算是在發育形成為「人」的整個過程當中的一個過程，終究與出生後之人有程度上之不同，是以立法例在殺人罪、傷害罪之外，乃另外再設專章對墮胎行為予以處罰²⁵。

第四節 當代各國立法例

縱觀世界各國現今的法律規定，對於墮胎，從絕對的禁止到完全的開放，每因各國的倫理思想、宗教觀念、人口政策、社會環境或經濟狀況之不同而各異。

²² 參見蔡墩銘著，刑法各論，三民書局，90年10月，修訂四版，52頁。

²³ 參見劉后安著，論美國與台灣墮胎法律制度合憲性問題之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，88年6月，72頁至73頁。

²⁴ 大清現行律例第三百二十條規定：「因犯第三百十八條之罪（凡受婦女囑託或承諾使人墮胎），致婦女於死或篤疾者，處三等或四等有期徒刑。」參見蔡振修著，醫事過失犯罪析論，中華民國醫事法律學會，85年6月16日，271頁。

²⁵ 參見孫遠釗著，墮胎罪之研究，刑事法雜誌，第25卷第4期，70年8月，28頁。

學者 Tietze 於 1983 年的研究指出²⁶，直到 1982 年時，當時全世界 45 億人口中，仍有 10% 的人生活在絕對禁止墮胎的地區；有 18% 的人，生活的地方，只有為了挽救孕婦的生命時才允許墮胎；不到 8% 的人口，其居住地的法律容許因為廣義的醫學理由而墮胎，也就是說，懷孕危害到婦女的健康即可，並不一定非要至威脅到孕婦生命的地步，有些地方允許基於優生學理由或道德理由(如強姦或亂倫)而墮胎；也有 25% 的人住在可以用社會理由為墮胎條件的國家，這些社會理由包括：所得太低、住屋太窄、尚未結婚等等；有的地方還必須加上危害身心健康才行，有的地方則不需將墮胎理由再作這些合理化。

至於無條件准許墮胎的國家，其人口佔全世界的 39%，而唯一的要求大概只有孕期的限制，或者是未成年人還須要監護人的同意。墮胎自由化的國家主要是歐洲、北美洲及亞洲少數國家。而在各國立法例上，主要是基於優生學上的原因、倫理上的原因，甚至社會經濟之原因，而設有各種阻卻違法事由。

第一項 亞洲概況

壹、日本立法例

日本在有關墮胎的刑罰規定方面，和台灣很相似，其在刑法中規定有很嚴厲之墮胎罪的處罰，但另一方面，日本卻又是亞洲最早實施「優生保護法」的國家，司法也幾乎從不將墮胎

²⁶ 參見 Tietze Christopher : Induced Abortion : A World Review, 1983. The Population Council. New York, 1983. 轉引自李美玲陳文玲著，墮胎合法化前台灣地區婦女墮胎實施狀況，公共衛生，第十三卷第二期，181 頁。

作為偵查的對象。

日本刑法第二百十二條至第二百十六條為關於墮胎罪之規定，將墮胎分為：1：妊婦自行墮胎，2：妊婦同意墮胎，3：業務上墮胎（加工墮胎），4：妊婦不同意之墮胎（使人墮胎）及5：墮胎致死傷等五類型²⁷。日本的刑法中設有加重類型的「未經同意墮胎因而致懷胎婦女死傷罪」、「一般人經同意的墮胎致死傷罪」及「醫事人員經同意的墮胎致死傷罪」之不同刑事責任，可以說是相當周密、完美的立法²⁸。

但是，日本在二次大戰後，因戰敗而社會混亂經濟困難，再加上海外遣返人口眾多，又遇上戰後嬰兒潮，因此黑市墮胎盛行。所以，乃在 1948 年公布舉世聞名的「優生保護法」，允許婦女有條件的合法墮胎。依據該法第十四條，有下列五項之一時，在父母的同意且由指定資格的醫師施行的情況下，允許作人工流產：（1）本人或配偶有精神病等。（2）本人或配偶的四親等內有遺傳性精神病等。（3）本人或配偶罹患麻瘋病。（4）由於身體的、經濟的理由，繼續妊娠或分娩非常有害母體的健康。（5）性侵害結果的懷孕。

在「優生保護法」制定後，儘管大多數人在形式上實行該當墮胎的行為，但大部分在優生保護法下都可予以正當化，並且在實務上也幾乎從來沒有偵查或審判過墮胎罪²⁹。

²⁷ 參見蔡墩銘譯，德、日刑法典，五南圖書公司，82 年 12 月初版，46 頁。

²⁸ 參見蔡振修著，醫事過失犯罪析論，中華民國醫事法律學會，85 年 6 月 16 日，308 頁。

²⁹ 參見前田雅英著，董璠輿譯，日本刑法各論，五南圖書公司，89 年 5 月初版，59 頁。

貳、 亞洲其他各國

在亞洲地區，允許無條件合法墮胎的國家有中國大陸、越南、新加坡。中華人民共和國自成立以來即提倡計劃生育³⁰，訂有「計劃生育法」，因此中國大陸自 1957 年就開放了墮胎限制，而在一胎化政策下，甚至由公權力執行強制的墮胎。1992 年，第七屆全國人民代表大會第五次會議通過的「婦女權益保障法」中，第四十七條規定：「婦女有按照國家有關規定生育子女的權利，也有不生育的自由³¹。」因此，在中國大陸，只要懷孕婦女願意，都允許人工流產。

新加坡在 1969 年即頒佈墮胎法，越南於 1975 年南北越統一後，墮胎合法遍及全境。香港受英國 1967 年墮胎法案的影響，在 1972 年允許醫學理由的墮胎，從 1981 年更進一步接受優生、司法及社會(16 歲以下之懷孕)的理由之墮胎。南韓於 1973 年立法允許基於醫學、優生及司法理由墮胎，但是民間所實行的，常遠超過法律所許可者，這是非常普遍的現象。且由於積極推行家庭計畫，政府甚至補助因避孕失敗以致懷孕的婦女到醫院診所實施結紮手術時，同時施行墮胎的費用。

³⁰ 參見郭自力著，生物醫學的法律和倫理問題，北京大學出版社，2002 年 5 月，第 1 版，301 頁至 305 頁。

³¹ 參見郭自力著，生物醫學的法律和倫理問題，北京大學出版社，2002 年 5 月，第 1 版，336 頁。

第二項 歐洲各國

壹、德國立法例

德國是一個大陸法國家，因此其法律體系以羅馬法為基礎，所以有一段時間，完全不處罰懷孕的前階段之墮胎行為，直至近世³²。

德國各邦中，1851 年的普魯士刑法典首先將墮胎刑法化，德國各邦統一後，於 1871 年制定的德意志帝國刑法典，也對墮胎作了嚴格而沒有例外的規定。此後一直到二次大戰後，才陸續對墮胎的刑法規定作了一些修正，直到「1974 年第五次刑法改革法」通過後，有關墮胎的規定才有了重大的變革。而後，在 1975 年及 1993 年，德國聯邦憲法法院先後作成了兩個重要的有關墮胎的判決，兩次判決均是針對國會通過的刑法修正案而為。

西德聯邦憲法法院在 1975 年 2 月 25 日的第一次墮胎判決中，認為：「德國基本法第二條第二項第一句：『任何人都享有生命與身體不受侵害的權利。』對生命權的保護應該及於尚在母體內發展中的生命，因為依據可靠的生物學知識，受胎後十四日起，已經有（獨立於母體之）個別的人類生命存在。且由此開始的發展歷程，乃是一個無法清楚區分階段的持續過程³³。」因此，當時有效之西德刑法第二百十八 a 條，僅設懷胎期間之限制，對於懷胎婦女同意，並由醫師施行的妊娠十二週內

³² 參見張志明著，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，88 年 6 月，70 頁至 159 頁。

³³ 參見陳愛娥著，憲法對未出生胎兒的保護，政大法學評論，第 58 期，86 年 12 月，69 頁。

之墮胎，不予處罰之規定，是違背憲法關於包括胎兒在內之人之生命、身體之不可侵犯及人類尊嚴之保障規定，而為無效。因此，認定墮胎自由化的刑法規定部分違憲，並且宣稱國家對於胎兒生命權這種基本權有保護義務，而重新建構了一套帶有例外規定的墮胎刑法。因此，基於這個判決，國會在 1976 年通過的第 15 次刑法修正案中，對有關墮胎的規定又作了修正。

東西德再統一後，由於兩德就墮胎之法律規定的不一致，墮胎爭議再度出現。依統一條約的規定，德國國會應於 1992 底之前，制定統一適用全德國的墮胎有關規定，在此之前，德東地區仍適用其原本的規定。德國眾議院乃於 1992 年 7 月 27 日通過「孕婦及家庭扶助法 (SFHG)」，這個法律除了規定一些諮詢、解說以及社會扶助措施，以協助孕婦解決懷胎的各種困難外，並修正刑法第二百十八 a 條，於該條第一項規定，假使孕婦可以證明，其墮胎前已依刑法第二百十九條接受諮詢，則其於懷孕後十二週內由醫生所為之墮胎行為，並不違法。但對此，二百四十九名聯邦眾議院議員及巴伐利亞邦政府又提出憲法訴訟³⁴。因此，德國聯邦憲法法院在 1993 年 5 月 28 日又作了第二次的墮胎判決，就第一次墮胎判決中的見解作了部分的修正，而允許婦女在懷孕的前三個月，經過一定的程序之後，自行決定是否墮胎，同時對於這些墮胎不再予以處罰。

而依據第二次墮胎判決，德國國會在 1995 年 8 月 21 日又制定了「孕婦及家庭扶助法」修正案，才終止了自東西德統一以後對墮胎之新規定所產生的爭議。

德國 1955 年刑法，墮胎罪係規定於「對生命之重罪及輕罪」章，其 1959 年刑法草案，係規定於「對發育中生命之犯罪

³⁴ 參見陳愛娥著，憲法對未出生胎兒的保護，政大法學評論，第 58 期，86 年 12 月，70 頁。

行為」章。現行法中，德國刑法第二百十八條至第二百十九條是關於墮胎罪之規定，惟其未將之設成獨立之章，乃係置於「侵害他人生命之犯罪」章（第十六章）之內³⁵。其中第二百十八條係規定各種之墮胎罪，第二百十八 a 條規定容許墮胎之各種規範，其他各條是墮胎罪之各種加重、減輕及補充類型。而在有關墮胎時間的限制上，德國刑法第二百十八 a 條第三項規定：「具備第二項第一款情形者（按：指優生學上之理由），應於受胎後二十二週內墮胎；具備第二項第二款和第三款情形者（按：指社會倫理學及醫學上之理由），應於受胎後十二週內墮胎。」

貳、英國立法例

一千多年來，在英國，墮胎通常是可接受的行為，並不被視為犯罪，直到十九世紀。但是，英國普通法（Common Law）對胎兒在開始胎動前，也還不以為之為犯罪對象，也就是說，普通法毫無疑義的，並不處罰胎動（quickenning）³⁶之前的墮胎行為。而在普通法上，未得妊婦同意而使之墮胎者為暴行罪，因而致妊婦死亡者則為謀殺或故殺。妊娠後十六到二十週已開始有了胎動，胎兒始成為墮胎罪之客體，屬於輕罪³⁷。此後的觀念，認為墮胎行為係侵害了父對於生子的期待權，故逐漸對其

³⁵ 參見蔡墩銘譯，德、日刑法典，五南圖書公司，82年12月初版，111頁至114頁。

³⁶ 在妊娠十六至二十週間，孕婦常可感覺腹部內有輕微的胎動（quickenning），而隨著妊娠進行，胎動會愈明顯。參見 F. Gary Cunningham et al: Williams Obstetrics, 20th ed. 1997, p23.

³⁷ 參見林憲同著，墮胎合法化之立法問題，刑事法雜誌，第17卷第6期，62年12月，14頁。

加以處罰。在寺院法（Canon Law），則開始認為胎兒係獨立之法益，而以墮胎為殺人罪之一種。

英國一直到 1803 年通過第一個墮胎法案（Lord Ellenborough's Act），又稱婦女墮胎法，才在此新設的刑法中，將墮胎列為刑事上非法的行為，而取消墮胎罪限於胎動後的規定，以惡意、非法使用任何藥物、物質意圖使婦女墮胎者，不問是否既遂，不問妊娠長短，均為重罪，但依胎動前後而有輕重不同之處罰，且僅於胎動後之墮胎才得處以死刑。從此，一反胎動前墮胎不為罪的保守態度，一入於嚴刑厲禁時期矣。

英國法經 1828 年和 1837 年兩度修正後，把有關胎動和是否確實懷胎之區別取消。1861 年頒行的「人身保護法」（Offences against the Person Act）取代了前法。1929 年的「嬰兒保護法」（Infant Life Preservation Act）則已將墮胎罪和殺嬰罪相提並論，禁止殺死可能活著出生的胎兒。英國法院判決上並不嚴格分別殺嬰罪與墮胎罪，懷胎早期之墮胎依人身保護法第五十八條之規定起訴者，陪審團常依嬰兒保護法作成判決。一般言之，殺嬰罪是在自然分娩下之殺害行為，墮胎則較此為早，當時既相輔併用，顯對胎兒生命之保護採更嚴謹之態度了³⁸。

但是，在西方的民主國家中，英國卻又是最早使人工流產合法化的國家，他於 1967 年就制定了墮胎法（Abortion Act）。當 1967 年墮胎法案送到英國國會時，議員們就曾為孕婦求助江湖助產士墮胎後所產生的妊婦死亡率及長期健康不良等問題，引起了空前激烈的辯論，並於書面或口頭質詢時，數

³⁸ 參見林憲同著，墮胎合法化之立法問題，刑事法雜誌，第 17 卷第 6 期，62 年 12 月，15 頁。

度與衛生部及警察首長發生衝突，雙方僵持不讓，迫使主席宣佈休會。雙方爭論的焦點有兩點：第一點，富人墮胎可找技術精良之醫師，故手術較安全，反之，貧苦婦女，多無力養育子女，但懷孕率卻高，衛生機構不予輔導節制生育，對於無照密醫，警察也袖手旁觀取締不力。第二點，人民宗教信仰日益冷淡，倫理道德日衰，未婚青少年自由性愛到處都有，政府既未作事前防範，又未謀事後救濟，任其流落街頭，影響社會治安，破壞國家形象³⁹。

在 1967 年之英國墮胎法(不適用於北愛爾蘭)制定後，開始允許有條件之墮胎自由化。在此以前，英國婦女墮胎的人數，根據牛津大學醫學院調查顯示，每年約為二萬至十萬人。在這些孕婦當中，不論已婚未婚，其墮胎的原因，不是由於家庭子女太多，就是因受騙或亂倫而懷胎羞見親友。英國的社會不像美加，它較為保守，如果未婚懷孕，不僅私生子在法律上毫無地位，且在社會上也受歧視，因此，一般未婚少女懷孕，多找密醫墮胎，常因而致死。不過，根據蘇格蘭和威爾斯醫務首長所提出，自 1967 年英國墮胎法案公佈實施以來，孕婦死亡的事件顯著的下降了許多⁴⁰。

1988 年 5 月間，英國又為墮胎問題經過一場全國性大辯論，結果造成民眾分裂，和美國頗有雷同之處。1990 年的「人類受精和胚胎法」對墮胎規定修正後，對墮胎行為又採取更寬鬆的立場了⁴¹。

³⁹ 參見雷勃著，墮胎法案與試管嬰兒，醫事法學季刊，醫事法學第一卷第五、六期，75 年，97 頁。

⁴⁰ 此不但顯示了違法墮胎案件業已銳減，更證明合法墮胎於國民的優生保健，的確收到立竿見影的宏效。

⁴¹ 參見郭自力著，生物醫學的法律和倫理問題，北京大學出版社，2002 年 5 月，第 1 版，331 頁。

參、 歐洲其他諸國

奧地利 1968 年刑法草案及其 1974 年刑法，係將墮胎罪規定於「對於身體及生命之可罰性行為章」。

法國刑法於 1975 年實施墮胎合法化，且無任何限制，也就是說無條件准許人工流產，墮胎費用中有百分之七十由政府負擔，而如果是因醫療之必要而墮胎，政府更負擔全部費用。義大利雖遭羅馬教廷之反對，但也已實施人工流產合法化，在 90 天內的懷孕可以無條件施行合法的人工流產⁴²。

大多數人民是傳統天主教的愛爾蘭，憲法明文禁止墮胎，但是在 1992 年 11 月的公民投票，卻同意讓愛爾蘭婦女可到外國墮胎，並且允許國外的墮胎資訊在愛爾蘭境內傳播⁴³。

北歐四國都規定，合法墮胎應在初孕四個月內，但為了優生保健理由則不在此限⁴⁴。

瑞士的墮胎法律制定於 1937 年，是歐洲仍然生效的最古老的墮胎法律。根據這項法律，自行墮胎的婦女或協助墮胎的人會被處以 5 年監禁和嚴厲罰款。但是在 2002 年 6 月 2 日舉行的公民投票中，72%的瑞士公民都支持政府的建議，讓在懷孕前 12 週的墮胎行？合法化。同時，對於有關一些『維護生命』團體要求強化反墮胎法的反建議，有 82%的選民投票反對。

⁴² 參見邱永聰著，進一步積極推行人口政策實施有條件的人工流產合法化，台灣醫界第 22 卷第 4 期，6 頁。

⁴³ 參見 Ronald Dworkin 著，郭貞伶、陳雅汝譯，生命的自主權 (Life's Dominion)，商周出版，2002 年 9 月，初版，55 頁至 56 頁。

⁴⁴ 參見林憲同著，墮胎合法化之立法問題，刑事法雜誌，第 17 卷第 6 期，62 年 12 月，21 頁。

第三項 美國立法例

美國承襲英國的習慣法，一直延用至 1820 年左右，才開始將墮胎視為違法的行為。從 1821 年起，在一批以專業外科醫師為主所組成的團體的奔走下，開始推動限制墮胎的立法，美國的第一個墮胎罪法即是當年在康乃狄克州制定的。至 1841 年時，全美已有十州相繼通過嚴格限制婦女墮胎的法令，到 1880 年時，已有 40 個州通過完全禁止墮胎的法令，到了 1900 年，美國各州均已禁止墮胎，婦女只有在為了生命或身體安全的理由下，才可以墮胎⁴⁵。

60 年代時，發生了兩件大事⁴⁶，迫使醫界菁英及社會大眾又投入推動墮胎法的改革浪潮中。其一是 1962 年，秀莉 費克賓案 (the Sherri Finkbine case) 中，服用 Thalidomide 藥物造成畸形兒對社會的震撼⁴⁷。接著是 1966 年德國麻疹在舊金山流行，令很多孕婦面臨生下嚴重殘障嬰孩的後果。此兩案，令人們開始注意到，改革僵硬之墮胎法的必要性。當然，各方的爭議與對抗同時也接踵而起。但在這種思潮的影響之下，加州、科羅拉多州和北卡羅來納州率先通過了允許墮胎的法律。

與此同時，60 年代風起雲湧的婦女解放運動，也極力在爭取婦女權利不可被剝奪，而墮胎權就是他們堅決主張的權利之一。

⁴⁵ 參見張志明著，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，88 年 6 月，7 頁。

⁴⁶ 參見陳美華著，婦女墮胎權—論露對威德案，東吳政治學報，第 5 期，85 年 1 月，53 頁到 54 頁。

⁴⁷ Finkbine 夫婦只好被迫移居瑞典，在瑞典進行了墮胎手術。參見郭自力著，生物醫學的法律和倫理問題，北京大學出版社，2002 年 5 月，第 1 版，325 頁。

因此，60 年代以後，美國人對墮胎的看法就已經形成兩大陣營，一邊是贊同墮胎者（pro-abortionists），後來改稱為「支持選擇（pro-choice）」，另一邊是反對墮胎者（anti-abortionists），後來總稱為「支持生命（pro-life）」。一般而言，「支持選擇」總站在法律、醫學、社會及經濟的前提，而「支持生命」則大致基於宗教信仰及倫理道德的前提⁴⁸。「支持生命（pro-life）」一方主張，人類生命始於受孕之時，因此，每一次墮胎就是一件謀殺行為。而「支持選擇（pro-choice）」則認為，對於是否繼續懷孕的權力，應完全屬於懷孕婦女所有。

經過了三十年的爭執，此一問題，至今仍未獲得解決，反而愈演愈烈，似乎毫無妥協餘地，尤其每次在美國最高法院大法官出缺時，雙方攻防更是激烈⁴⁹。但在美國，每年約有一百六十萬件人工流產發生，確是事實。因此，結果就像維吉尼亞大學（University of Virginia）政治學家沙巴托（Larry Sabato）所說：「墮胎問題將成為美國政治的貝魯特，一場沒有贏家的戰爭⁵⁰。」或者，更像德沃金（Ronald Dworkin）說的：「反墮胎團體與其對立者之間的戰爭，是十七世紀歐洲宗教戰爭的美國現代版⁵¹。」

事實上，不管法律如何規定，美國很多婦女即使在這州不能墮胎，也就跑去他州合法墮胎⁵²，此種例子，屢見不鮮，這也

⁴⁸ 參見王崇堯著，當代問題與基督教思想，永望文化公司，1992 年 1 月初版，192 頁。

⁴⁹ 如小布希當選總統後，保守派就開始施壓，希望下一次任命一位反墮胎的大法官。參見聯合報，90 年 9 月 5 日，7 版。

⁵⁰ 參見美國新聞與世界報導，1989 年 7 月 17 日，18 頁。

⁵¹ 參見 Ronald Dworkin 著，郭貞伶、陳雅汝譯，生命的自主權（Life's Dominion），商周出版，2002 年 9 月，初版，8 頁。

⁵² 參見鄧穎懋著，輕鬆學習美國法律，三民書局，89 年 6 月初版，93 頁。

算是一種選擇權吧。

而美國聯邦最高法院於 1973 年 1 月 22 日，就羅伊訴威德一案（Roe v. Wade），作出了該院第一個有關墮胎問題的判決。由此判決開始，直到 1992 年之東南賓夕凡尼亞州家庭計劃中心對凱西（Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania Versus Robert P. Casey）一案，美國最高法院一共就墮胎問題作了二十二個判決⁵³，其中以下列三次判決較重要。Roe 案建立了墮胎權之基本原則，Webster 及 Casey 兩案，則對 Roe 案判決作若干限縮與修正。

壹、羅伊對威德案

美國最高法院在 1973 年 1 月 22 日，就羅伊對威德案（Roe v. Wade）⁵⁴，作出了該院第一個有關墮胎問題的判決，這也是對往後的墮胎問題影響最大的判決。該判決認定禁止婦女墮胎的德州法律違憲，而將隱私權⁵⁵擴張到墮胎的決定權，確立了墮胎是美國聯邦憲法保護之基本權力的原則⁵⁶。

⁵³ 參見張志明著，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，88 年 6 月，6 頁。

⁵⁴ 410 U.S. 113 (1973)

⁵⁵ 隱私權在美國最早出現在 1965 年的 Griswold v. Connecticut 一案，從權利法案（Bill of Rights）中的幾個條文，衍伸出一塊隱私權的領域來。參見 Judith Baer 著，官曉薇、高培桓譯，法律之前的女性，商周出版，2000 年 12 月，初版，271 頁。

⁵⁶ 今天的隱私權包含的範圍已非常廣泛，除聯邦增修條文第一條及第四條之規定外，就憲法「正當法律程序」及「平等保護」的精神而言，隱私權包含了所有個人的活動，如婚姻、性生活、避孕、墮胎等等。參見陸潤康著，美國聯邦憲法論，凱倫出版社，82 年 5 月，增訂再版，442 頁至 452 頁。

羅伊對威德案的判決中，美國聯邦最高法院透過美國憲法增修條款第十四條⁵⁷，認為此條規定的自由得包含婦女之墮胎權。因此，根據憲法規定的隱私權，婦女在懷孕的前三個月可以自行決定墮胎，但三個月之後的墮胎，則可受到州政府的某些限制⁵⁸。同時，本判決中也推論出第二個論點，「憲法增修條文第十四條所稱之『人』，不包括未出生的胎兒⁵⁹。」

一、本案事實

本案係起於 1969 年夏天，在德州的達拉斯市，一名已離婚而未婚受孕的年輕女侍 Norman McCorvey，由於德州法律不允許他在未婚的情況下墮胎，但他又無力支付旅費到他國或他州墮胎，於是，在另外兩名向來就對德州不合理的墮胎法很不滿的女律師 Sarah Weddington 以及 Linda Coffee 的協助下，化名 Jane Roe，向聯邦法院提出控訴，認為德州墮胎法違反憲法第十四條修正案第一項的自由權，為違憲之法律，並要求州檢察官亨利·威德（Henry Wade）不得執行現行墮胎法。該案在聯邦地方法院中並未獲得圓滿的解決，因此，Roe 乃和喬治亞州亞特蘭大農婦 Mary Doe（也是假名），採集體訴訟的方式，認各該州墮胎法禁止墮胎係侵犯她們的隱私權，以違憲審查上訴於聯邦最高法院，她們將墮胎權連結於美國憲法第 1，4，5，8，9，14 條修正案所保障的隱私權範圍之內。

⁵⁷ 關於美國憲法增修條款第十四條，請參考 Edward S` Corwin 著，廖天美譯，美國憲法釋義，結構群文化公司，81 年 3 月，320 頁至 362 頁。

⁵⁸ 參見 F. Gary Cunningham et al : Williams Obstetrics, 20th ed. 1997, p594.

⁵⁹ 參見 Judith Baer 著，官曉薇、高培桓譯，法律之前的女性，商周出版，2000 年 12 月，初版，270 頁。

二、判決理由

歷經一年兩個月的仔細推敲，布來克門（Blackmun）法官代表多數意見，在 1973 年 1 月 22 日作成本案判決文。布來克門法官首先引經據典詳述墮胎罪在法制史上之地位，從希臘羅馬時代至近世紀。但他對於「生命到底始於何時」此一問題卻避不作正面解釋，只謂：「一個被有力支持的看法是，生命絕非直到出生的時候才開始。」但他又強調：「本院認為，憲法增修條文第十四條所稱之『人』，不包括尚未出生者。」「法律上，從來不曾將未出生兒視為人。」此外，並附帶的宣示：「本院在此無須解決生命到底始於何時之難題，因為就人類目前的知識發展階段而言，當醫學、哲學、神學界的有識之士，尚且無法達成共識之際，司法部門亦不應對此項問題之答案擅加臆測⁶⁰。」

在此案中，美國最高法院就胎兒的權利能力採保護「潛在人類生命」的態度；但在另一方面對於婦女墮胎的自由意志，也肯定它為基本人權的一部分，應受憲法第十四次修正案的保障⁶¹。因此，美國最高法院表示：「為保護孕婦健康，應屬州政府重大正當的利益。同時，保護潛在人類生命亦應視為州政府所擁有的另一重大正當的利益。此二利益原係各自獨立而有其重要性的，但當婦女尋求墮胎時，各該利益在某一時點下，同

⁶⁰ 參見林秋琴、劉后安譯，美國聯邦最高法院憲法判決選譯：「Roe v. Wade」，司法院，90 年 8 月初版，196 頁。

⁶¹ 因為基於美國憲法第十四修正案正當法律程序條款（Due Process of Law），沒有正當法律程序，不得否定任何人擁有「生命、自由、財產」權，因此，婦女有選擇中止懷孕的權利。參見 Elen Alderman & Caroline Kennedy 著，吳懿婷譯，隱私的權利，商周出版，2001 年 2 月，初版，74 頁。

時成為『重大迫切』法益，鑑於州為保全胎兒生命的重要、合法利益，這個『重大迫切』的時點應在胎兒有生命力時，即當胎兒被認為已有母體外的生命能力時，此時各州禁止墮胎，自屬合理。故除為保護母體生命或健康之必要外，州政府得於胎兒具有生命力後禁止墮胎。」

從最高法院的這個判決中，我們可以很清楚得看到最高法院主要在處理三個問題⁶²：（1）、婦女選擇墮胎的隱私權。（2）、美國憲法上何謂「人」(personhood)的問題。（3）、潛在生命的權利。

首先，最高法院雖然無法接受女人的墮胎權是絕對的觀念，因為「唯有那些足夠『基本』或『隱含於有序自由概念』的個人權利，才受個人隱私權之保護。」但他們相信憲法中確實存在著個人隱私的領域，「雖然美國憲法的確毫無提及隱私權之明文，然而最高法院向來認為個人隱私權確實受到聯邦憲法之保護，或者至少對特定部分隱私權領域有所保障。」而且這些權利都是屬於個人的基本權利，包括婚姻、生育、避孕、家庭關係乃至小孩的養育與教育以及墮胎等等。因而，他們認為墮胎是婦女的隱私權之一，「不管隱私權之依據為第四或第九增修條文，隱私權都可以包含婦女決定是否繼續懷孕的權利。」不能受到來自州法的不當干預。不過，「女人墮胎的隱私權並不是絕對的」，「州在隱私權的領域，可以主張保護健康、維持醫療水準及保護潛在生命的州利益。因此隱私權雖然可以包含墮胎之決定權，但是這個權利並非無限制的權利。」因為，女人在她這個隱私權範圍中本即不是孤立的，她先是懷著一個胚胎 (embryo)，之後則是一個胎兒 (fetus)。也就

⁶² 參見陳美華著，婦女墮胎權——論露對威德案，東吳政治學報，第5期，85年1月，61頁。

是說，法院認為隨著時間的進展，胚胎會變成胎兒，而使得墮胎的問題必需考慮到胎兒潛在的生命利益。於是，在懷孕的特定時點上，國家開始有保護「潛在生命的利益」之必要。

事實上，在這裡最高法院試圖處理的是胎兒的法律地位問題，最高法院說：「本院認為，憲法增修條文第十四條所稱之『人』，不包括尚未出生者。」因此，胎兒並不是憲法第十四條修正案中所保護的『人』(personhood)，但因為胎兒具有成長為人的可能性，最高法院方以當時的醫學為標準--從胎兒可在子宮外獨自存活(雖然需有機器的幫助)的那一時點(the fetus becomes viable)開始(約懷孕的第 24 至 28 週之間)，國家基於保護胎兒的潛在生命，可限制婦女墮胎的行為。雖然，最高法院同時承認「胎兒可在子宮外獨自存活」的時間，以目前的醫學水準並無法準確的測量，但仍企圖用這樣的時點來區隔「胚胎」、「胎兒」以及「人」，希望給予他們不同的待遇。

基於以上論點，美國聯邦最高法院認為，懷胎婦女享有關於自己是否中止懷胎之決定權，此為基本權利⁶³，當然並非絕無限制，州政府仍擁有保障婦女健康和其體內潛在生命的重要利益，這些州的利益限制了婦女終止懷孕的權利。「此項利益，係於胎兒達到在母體外有生存能力(viability)之階段時，始具有強制力。因此，在此時期之前，懷胎婦女之懷胎中止權，應不受州政府之限制。但在此時期以後，則除經醫師之診斷，認為維護母體之生命或健康所必要者外，其他情形之墮胎，得予制止。」因此，將除為挽救母體生命之情形以外之墮胎，不問其懷胎期間如何，一律予以處罰之德克薩斯州刑法第 1196 條

⁶³ 對於這一點，同案中持反對意見的大法官則認為，墮胎權並非基本權利，一些反對 Roe 判決的學者也持此看法。

之規定，判決為違背憲法。

三、判決要旨

美國最高法院在羅伊對威德案一案中，以七票對二票通過判決文，判決要旨如下⁶⁴：

隱私權至為廣泛，其範圍足以包括女性是否終止懷孕之決定。倘若州政府否准孕婦此項選擇權，必將置其於損害。

上訴人主張婦女有絕對權利，可在任何時候，以任何方式，基於任何個人理由終止其懷孕。對於此一主張，本院不表贊同。本院在歷來承認隱私權的各項判決中，亦同時肯認州政府如對隱私權保障範圍施加某種管制，要無不當。

本院向來認為，每當涉及特定「基本權利」時，唯有「重大而迫切之州政府利益」方足以正當化限制該等權利之管制措施，而立法須嚴格限於表達所急須保護之正當州政府利益。

州政府確實擁有保護孕婦健康之重大正當利益，除此之外，同時也擁有保護潛在人類生命的重大正當利益。這些利益各自獨立而有其重要性。每項利益的重要性都會隨分娩期的接近而增加，而且當婦女的懷孕階段分別達於特定不同時點時，各該利益將分別成為「重大迫切」之利益。

就孕婦健康方面的利益而言，「重大迫切」時點大約是在懷孕第一個三分期結束之時。州政府可針對此一時點之後的墮胎程序，在與保護母親之健康有關的合理範圍內(例如規定施行墮胎手術者的資格，手術設備等)立法加以管制。

就潛在生命方面的利益而言，該「重大迫切」時點則係指

⁶⁴ 參見林秋琴、劉后安譯，美國聯邦最高法院憲法判決選譯：「Roe v. Wade」，司法院，90年8月初版，197頁至198頁。

胎兒具備脫離母體而能獨立存活之時。如果州政府有意保護此一時期中之胎兒，則可禁止孕婦在該時期中墮胎，但必須例外允許基於保護母親生命或健康所進行之墮胎。

四、 懷孕三分期原則

在美國最高法院就羅伊對威德案一案的判決中，提出了下列一個影響深遠的三分期式架構原則：

1、 在最初懷孕三個月（First Trimester）⁶⁵之內，墮胎之決定是孕婦和她的醫生之間的事，婦女有絕對的決定權，（各州法律不得加以干涉）。

2、 在妊娠中期（12 週到 24 週），只要州政府願意，州政府可為了增進孕婦健康的利益，在與母體健康合理相關之範圍內，立法管制墮胎程序⁶⁶，（但各州法律仍不得禁止墮胎）。

3、 在妊娠的第三階段（24 週以後），胎兒在子宮外已有生存能力時，只要州政府願意，各州可選擇基於保護潛在人類生命之利益，立法管制，甚至禁止墮胎，除非墮胎對於母親之生命或健康的維持有其必要。

這項判決改變了美國各州對墮胎所採「除為保全母體生命不准墮胎」的嚴謹態度，等於承認妊娠前六個月內，婦女有權自由選擇是否墮胎。它不僅樹立了法院解決墮胎問題的架構，同時也制定了一個關於墮胎的法典模式。

⁶⁵ 平均而言，從最後一次月經的第一天開始至分娩，約為 280 天，或 40 週。此 280 天相當於 9 又 1/3 個月，因此，傳統產科上都將整個妊娠期間分成三個月為一單位，而為三個三月期（Trimester）。

⁶⁶ 懷孕三個月後的墮胎在統計上已不再比生產安全，因此，州利益足以限制孕婦墮胎。參見 Elen Alderman & Caroline Kennedy 著，吳懿婷譯，隱私的權利，商周出版，2001 年 2 月，初版，80 頁。

貳、韋伯斯特對生育保健診所案

羅伊對威德案判決後，墮胎問題並沒有就此獲得解決，反而引起了支持生命（pro-life）人士的強烈反彈。不同意見一方的力量逐漸增強，尤其在後來雷根及老布希等立場保守的總統上台後，墮胎又成為美國國內爭議最多的問題。在 1988 年 2 月，美國聯邦最高法院由於人事更替，形成保守派大法官佔多數⁶⁷，保守派乃趁機於 1989 年 1 月 10 日同意，就密蘇里州 1986 年制定之墮胎法案所提起的上訴案進行審理，冀圖對 Roe 案判決反撲。

於是，在 1989 年 7 月 3 日，韋伯斯特對生育保健診所這一案（Webster v. Reproductive Health Services）⁶⁸的判決中，聯邦最高法院就羅伊案的判決作了一些修正，巧妙的又把這燙手山芋丟還給各州議會，認為婦女是否可以墮胎或何時可以墮胎，是州議會的事情，而不是最高法院大法官們的事⁶⁹。雖然多數意見與少數意見只有五比四的些微差距而已，但最高法院在羅伊對威德案所宣示的對墮胎權之支持，在這一案中又開始走向逆轉。

本案是在 1986 年 7 月時，由 5 位受雇於州政府的衛生專業人員和兩家非營利的機構，以密蘇里州的生育保健診所為原告之訴訟代表，向聯邦地方法院提出集體訴訟，主張密蘇里州於 1986 年制定通過的墮胎規定違反了美國憲法第 1，4，9，14 條修正案。第一、二審法院都判決該係爭條款違憲，州政府乃

⁶⁷ 參見張志明著，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，88 年 6 月，34 頁至 35 頁。

⁶⁸ 492 U.S. 490 (1989)

⁶⁹ 參見美國新聞與世界報導，1989 年 7 月 17 日，18 頁。

以該州首席律師 William Webster 為代表向最高法院提起上訴。

大法官蘭奎斯特 (William Rehnquist) 在此案之判決中，首先對羅伊案判決的三分期原則提出批評，接著強調州政府在整個懷孕期間對於胎兒均有利益存在，判決文中表示，美國聯邦最高法院認為，州政府所保障之潛在人類生命之利益，並無理由僅限於胎兒成型後。因此，聯邦最高法院對於懷孕婦女初期三個月內之生育決定權與墮胎自由權，顯然已經由 Roe 一案本來之肯定態度，往否定的方向走⁷⁰。

判決要旨如下：

本院至今尚無意廢棄 Roe 案判決之憲法分析，惟婦女之自由亦非漫無限制，故州政府得於婦女懷孕初期即關切胎兒之生命，至於胎兒發育之後期，州政府有權基於「保護胎兒生命」之目的，得立法限制婦女終止懷孕之權利。本院認為，此一分界點應該劃在胎兒具有「獨立存活能力」之時，婦女有權於此一時間之前選擇終止懷孕。

就婦女之權利言，關鍵在於婦女是否擁有最終決定權，而非完全排除他人之參與。只要政府的管制規範尚未對婦女選擇權之行使構成實質障礙，政府即可創設一套結構機制，由政府、父母或未成年人之監護人表達其對未出世生命之尊重，依此原則確立之管制規範尚為憲法所許可。除非此類管制規範業已影響婦女的選擇權，否則政府出於「說服婦女選擇生產而非墮胎」之目的而採取之各項措施，如與該目的間具有合理連結，亦屬合憲。政府專為保障墮胎婦女健康所為之立法，如尚

⁷⁰ 這種為適應社會大眾對墮胎罪之非難性日益薄弱，但又不能無視於胎兒潛在生命之保護的窘局，和我國優生保健法之立法方式十分相似。參見文衍正著，看診法門醫療倫理與法律，永然文化公司，89年1月，74頁。

未構成『不當負擔』，應屬有效。

為兼顧「政府保護潛在生命之重要利益」與「羅伊對威德案一案所肯認之核心權利」兩者，本院採用前述意見所闡釋之『不當負擔審查標準』。當婦女在胎兒具有獨立生存能力前進行墮胎時，若某項法律之目的或效果係對懷孕婦女施加「實質障礙」者，即已構成『不當負擔』而無效⁷¹。

本案所採用的『不當負擔審查標準』，不僅並未侵及羅伊對威德案一案的判決核心，且本院於此亦再次肯認與維持該案之判決核心。不論州政府是否已對特殊情形作出例外規定，均不得於胎兒具有獨立存活能力之前，立法禁止婦女終止懷孕之終局決定。

如同處理其他醫療程序一樣，州政府得為增進墮胎婦女之健康或安全，立法訂定規範。任何不必要之健康管制規範，若其具有對墮胎婦女形成實質障礙之目的或效果者，即對前開選擇權課以不當負擔。

本院拒絕繼續維持羅伊對威德案一案僵化的『三分期架構』，為促進州政府保護潛在生命之重大利益，州政府得於婦女懷孕期間採取一定措施，確保孕婦係於資訊充足之情形下行使選擇權。即使政府該措施之目的係為說服婦女選擇生產而非墮胎，當亦不致無效，惟該措施不得對婦女權利構成『不當負擔』⁷²。

⁷¹ 這個標準是大法官歐康諾提出的。參見 Elen Alderman & Caroline Kennedy 著，吳懿婷譯，隱私的權利，商周出版，2001 年 2 月，初版，84 頁。

⁷² 參見林秋琴、劉后安譯，美國聯邦最高法院憲法判決選譯：「Roe v. Wade」，司法院，90 年 8 月，初版，201 頁至 203 頁。

參、東南賓夕凡尼亞州家庭計劃中心對凱西案

美國最高法院於 1992 年時，以東南賓夕凡尼亞州家庭計劃中心對凱西（Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania Versus Robert P. Casey）⁷³一案，又徹底的重新頒布對墮胎權的意見⁷⁴，再度對羅伊案判決的見解作了部分的修正，又走回了中間路線。

本案係由五個提供墮胎服務的診所及一個醫生所共同提出的集體訴訟，以賓州州長 Robert P. Casey 等人所代表的賓州政府為被告，他們認為賓州在 1988 及 1989 年修定的墮胎管制法（Abortion Control Act of 1982）之中的五項修正條文違憲。地方法院贊同原告之主張而認為該係爭條文違憲，案件上訴到第三巡迴上訴法院之後，該院判決再度認為歐康納大法官在韋伯斯特對生育保健診所（Webster v. Reproductive Health Services）的判決中所提出的『不當負擔審查標準』（undue burden test）是審查有關墮胎之限制的適當標準，依據此一標準，該院認為除了配偶告知條款之外，其餘的規定均不違憲，案件乃上訴至最高法院。

在此案中，美國最高法院展現的是在「支持生命」與「支持選擇」的兩極之間採取中間路線。在羅伊案建立的大前提下，考量州法的規範是否為墮胎婦女帶來壓迫性的強制力，因而剝奪憲法給予婦女的墮胎權，並且揭示了『不當負擔（Undue Burden）』的審查標準。因此，婦女在胎兒具存活能力前仍擁

⁷³ 505 U.S. 833 (1992)

⁷⁴ 參見鄭哲民著，美國墮胎權的爭議，刊焦興鎰主編：美國最高法院重要判例之研究 1990 至 1992，中央研究院歐美研究所，84 年，104 頁至 128 頁。

有墮胎權，但是州政府在不構成『不當負擔』的限度內，仍可以規範婦女的墮胎權。

本案訴訟的爭點主要有五項：（1）婦女墮胎之前必須聽完州政府主辦的特定演講。（2）一個 24 小時的猶豫期。（3）未成年子女須先徵得父母中一人的同意或法院的裁示。（4）已婚婦女應先告知其配偶同意。（5）醫護人員須向政府作詳細提報。

最後以 5 票對 4 票通過，除了配偶之同意權違憲外，最高法院支持州擁有上述的其他權利。最高法院也同時以 5 票對 4 票通過重新考慮和重申羅伊對威德案的決定。但，Casey 案事實上已經改變了 Roe 案判決中，不承認州政府在懷孕前期有其利益存在的見解。

本判決認為，劃定婦女有無墮胎自由的界限，是胎兒具存活能力時，在此時點之前，婦女有墮胎的決定權。其理由有二，第一是「判例之拘束力」，雖然任何劃定界限的司法行為似乎部可能有些恣意，但是 Roe 提出的是一個合理的主張，它是極度用心之下精心作成的判決。第二個理由在於，存活能力的概念是實際上有維持及養育子宮外胎兒生命之可能性的時點，因此，此時這個獨立存在的第二個生命可以合情合理，而且非常適當的超越婦女成為州政府保護的對象，而且，也沒有其他界限比存活力更為可行。雖然，醫學之發展可能會影響具有存活能力時點之確定性，但是這個不精確性，在可容忍範圍內將留給醫學界及必須適用其發現之人繼續探索⁷⁵。

最高法院就本案的判決主要的主張可分為兩個主要部份

⁷⁶：

⁷⁵ 參見張志明著，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，88 年 6 月，54 頁。

⁷⁶ 參見鄭哲民著，美國墮胎權的爭議，刊焦興鎧主編：美國最高法院重要

一、法院明確的宣示，對 Roe 案判決之『核心見解』，不僅應當繼續維持，並且必須再次加以重新肯定⁷⁷。同時對其所指的核心見解予以明確的闡釋，其可分為以下三個重點，（1）法院認知及肯定婦女在胎兒能獨立生存前，有免於州政府不當干涉的墮胎權選擇。如決定墮胎，政府不得不當的干預其墮胎的實行。在胎兒能獨立於母體外生存之前，州政府的利益不足以支持其立法禁止墮胎，或對婦女有效的選擇該等程序之權利加諸實質的障礙。（2）法院重新確認，在胎兒具有能獨立存活於母體外能力之後，州政府有權限制墮胎的實行，但該等法律規定必須附隨但書，允許在足以危及婦女生命與健康的懷孕仍可墮胎。（3）原則上，自懷孕開始的整個懷孕過程中，州政府都擁有保護母體健康及可能成為小孩之胎兒生命的合法利益（此處事實上已經改變了 Roe 案不承認州政府在懷孕前期有其利益存在的見解。）。

二、法院在採用上述重新認定的 Roe 案主張時，明白主張『不當負擔』的審查標準應適用於墮胎的違憲訴訟。而在適用『不當負擔』標準於審查賓州系爭條款後，法院在前述五條款的取捨之間，判定其中的「配偶告知條款」為違憲⁷⁸，其餘四條因通過『不當負擔』標準的審查，因此仍視為合憲。

依 Roe 案判決，婦女墮胎之選擇是受到憲法保護的隱私權，屬於個人的「基本性權利」，除非存在「重大迫切的州利

判例之研究 1990 至 1992，中央研究院歐美研究所，84 年，110 頁至 112 頁。

⁷⁷ 劉后安著，論美國與台灣墮胎法律制度合憲性問題之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，88 年 6 月，183 頁。

⁷⁸ 在 Planned Parenthood v. Danforth (1976) 一案中，大法官也一致認為，懷孕與婦女有直接密切的關係，應尊重懷孕者本人之意見，如果要徵得配偶之同意，無異剝奪了妻子之基本自由，而在小孩未確定出生之前，即賦與丈夫一種父權。

益」，法律不可限制此一權利。但依 Casey 案判決，墮胎權不再是「基本性權利」，在胎兒具存活能力之前，婦女仍有墮胎的權利，但是對此一權利之侵害，聯合意見所採取的違憲審查標準是『不當負擔標準』，此一標準較為寬鬆，而在胎兒具存活能力之後，孕婦沒有墮胎權，因此州可以規制或禁止墮胎。

從以上說明可知，Casey 案判決基本上係以胎兒具存活能力與否為分野，來平衡婦女墮胎權及州對潛在生命及婦女健康的利益。易言之，Roe 判決係將懷孕期間區分為三段，並運用同樣的審查標準。Casey 則將 Roe 所作的三段區分，改為兩段區分，並且在前段運用不同的審查標準(即不當負擔標準)，在後段，由於婦女沒有墮胎權，所以州可以禁止墮胎⁷⁹。

第五節 我國優生保健法之立法沿革

第一項 現實之需求

雖然，世界各國對於墮胎的法律規定，從全面禁止到完全開放，因國情而異，但不管是合法或非法，或明或暗，墮胎卻一直是個普遍存在的行為，台灣地區當然也不例外。在墮胎尚未合法化以前，台灣的婦女如果要終止不想要的懷孕，其實早已相當普遍地訴諸這種非法的手段了⁸⁰。

⁷⁹ 參見張志明著，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，88年6月，67頁。

⁸⁰ 比較各國墮胎狀況的學者 Tietze 在 1983 年指出，台灣是個「雖有嚴格法令限制但仍有私人診所公然普遍為人墮胎的地方」o 這種醫師公然違法墮胎的情形，除了台灣之外，還有南韓及智利都很相似。引自李美玲陳文玲著，墮胎合法化前台灣地區婦女墮胎實施狀況，公共衛生，第十三卷

根據「家庭與生育力」的調查顯示，臺灣地區有偶婦女曾經有過墮胎經驗之比率在早期即已有逐年升高的趨勢。以 20 至 39 歲已婚婦女而言，1965 年時有經驗者僅佔 9%，1973 年時增為 20%，1980 年時則已增至 23%，到了 1984 年，有 1 次墮胎經驗以上的婦女更增至 32%，相當於每三個有偶婦女就有一個有過墮胎經驗。林惠生根據家庭與生育力調查資料(民國 70 年)估計民國 61 年(1972)及 68 年(1979)時 22-39 歲已婚婦女實施墮胎的次數各為 68100 次及 10 萬次左右⁸¹。兩年之墮胎率(abortion rate)據他估計各為千分之 45.1 及千分之 54.0。由於在當時的臺灣，墮胎尚屬非法，這個調查訪問當然有很高的匿報可能性，所以真實的數字應該是更高才對。

但這個數據已經顯示，台灣地區婦女，即使在墮胎尚未合法化時期，如果想要終止非預期的懷孕，就已相當普遍地訴諸非法的墮胎行為了，形成一個相當龐大的犯罪黑數⁸²。因此，正如我們所耳熟能詳的，台灣在當時雖是個法令嚴格限制墮胎的地方，但卻有不少私人診所醫師公然普遍的違法在替人墮胎。而據醫界一項非正式的統計，在台灣每十個婦女中至少有三個人墮過胎，每十個婦產科醫師有超過八個作過墮胎手術，每年打掉的胎兒約為二十八萬至三十萬個⁸³。

基本上，任何墮胎案件之發生，都表示不想要之懷孕的存在。這些，可能是肇因於事前沒有避孕，包括無法獲得有效的

第二期，181~182 頁

⁸¹ 參見李美玲陳文玲著，墮胎合法化前台灣地區婦女墮胎實施狀況，公共衛生，第十三卷第二期，182 頁。

⁸² 實際已發生，可是卻未出現在官方犯罪統計上的案件數，學說上稱為「犯罪黑數」。參見林山田林東茂林燦璋著，犯罪學，三民書局，2002 年 10 月，增訂三版，181 頁。

⁸³ 詳見聯合報，91 年 4 月 17 日，6 版。

避孕方法或自己不想使用，更不幸的可能是遭受強暴的結果，也有可能是避孕失敗，包括避孕方法的使用不當，或是避孕方法本身失效的問題。

以墮胎的原因來看，多數的墮胎都是為了不想再生育，這佔總墮胎次數的 70.4%，其次是為了間隔生育，佔 17.5%，為了優生理由者有 6.6%，顧慮母親健康者佔 24%。對照活產次別的墮胎情形，可以說明大多數的墮胎是已有 2 至 3 次活產經驗的婦女不想再生育的情形，其次為 1 至 2 次活產經驗者想要間隔生育的結果。至於墮胎施行時間，456 次墮胎中有 82%是在懷孕 8 週以內施行墮胎者，5.7%在 9 至 10 週內，3.7%在 11 至 12 週，13 週以上者不到 2%，另有 6.8%不詳⁸⁴。

再根據家庭與生育力調查資料，如果以年齡別墮胎次數除以樣本婦女數來計算年齡別墮胎發生率來看，25 至 29 歲為千分之 61.5 最高，20 至 24 歲千分之 54.8 次之。20 至 29 歲墮胎發生率高，主要因性生活頻度及受孕力較高之故。15 至 19 歲之有偶婦女，墮胎發生率也相當高⁸⁵。

另外據估計，全世界每年約有二千六百萬至三千一百萬合法之人工流產及壹千萬至二千二百萬不合法之人工流產發生⁸⁶。在美國，依疾病管制中心統計，1990 年一年內約有一百六十萬件人工流產⁸⁷，1976 至 1996 年平均每年約有一百四十萬件人工流產⁸⁸。而據日本厚生省的統計資料顯示，日本 2001 年人工流

⁸⁴ 參見李美玲陳文玲著，墮胎合法化前台灣地區婦女墮胎實施狀況，公共衛生，第十三卷第二期，190 頁。

⁸⁵ 參見李美玲陳文玲著，墮胎合法化前台灣地區婦女墮胎實施狀況，公共衛生，第十三卷第二期，187 頁。

⁸⁶ 參見 Jonathan S. Berek et al : Novak's Gynecology, 12th ed. 1996, p264.

⁸⁷ 參見 John D.Thompson, M.D. and John A. Rock, M.D. : Te Linde's Operative Gynecology, 7th ed. 1992, p317.

⁸⁸ Ventura SJ, Mosher WD, Curtin SC, Henshaw S. Highlights of trends in

產案例為 34 萬多件。

墮胎的需求，不僅存在於已婚婦女，即在未婚婦女也是，西歐與英語系國家中的非婚生兒比率，40 年前只佔所有新生兒的 5%，在今天已上升到 30%左右⁸⁹。即使在醫藥先進國家如美國，據 1994 年發表的一份調查報告顯示，在美國生產的未婚媽媽中，有約 55%是意外懷孕來的⁹⁰，而 20 歲以下的族群中，其比率更高達三分之二。在日本，未滿 20 歲的墮胎案例約佔全部的 14%。即使在相對封閉的中國大陸，18 歲以下少女的墮胎比例，也每年增加百分之一至百分之二⁹¹。而依據勵馨基金會的估計，台灣 15 歲至 19 歲的未婚少女，一年產下的嬰兒數約為一萬六千餘人，推估未婚墮胎人數約為出生人數的兩倍，那麼台灣未婚少女每年的墮胎人數將超過三萬⁹²。

因此，在尚未考慮其他各種爭議性及伴隨的問題之前，我們不能不承認，墮胎的需求存在於各種年齡的婦女之間，不管已婚或未婚。儘管刑法規定有墮胎罪的處罰，傳統觀念也視墮胎為不道德，未婚性行為被疵議，未婚女性懷孕不能被社會一般大眾所接受，但性行為絕不會因為有這些禁忌就停止不發生，婦女更不會因此就不會再發生未預期的懷孕。

pregnancies and pregnancy rates by outcome: estimates for the United States, 1976-1996. National Vital Statistics Reports 1999;47:1-9.

⁸⁹ 參見 Rodger Doyle 著，王道還譯，非婚生兒不斷增加，科學人，第 2 期，2002 年 4 月，10 頁。

⁹⁰ 參見 Jonathan S. Berek et al : Novak's Gynecology, 12th ed. 1996, p227.

⁹¹ 詳見聯合報，91 年 7 月 28 日，28 版。

⁹² 詳見聯合報，90 年 8 月 29 日，18 版。

第二項 需求之妥協

事實上，除了婦女本身對墮胎的需求之外，整個國家及社會的人口壓力亦是個不容忽視的問題。

台灣地區之人口數，在 1946 年底為 609 萬，1949 年增為 740 萬（不包括現役軍人在內），1951 年為 787 萬人，1961 年增為 1115 萬人⁹³，粗出生率達千分之 42 以上。1956 年 9 月 16 日，政府舉辦了台灣光復後的第一次戶口普查，發現從民國 35 年至 45 年間，每年人口平均增加率為千分之 44⁹⁴。

到了 1982 年，台灣地區之人口，已增加為 1850 萬，計從 1945 年光復當初至 1982 年，在短短的 37 年間，人口增加為三倍，平均每年之增加率為千分之 31。人口密度亦名列世界第二，僅次於孟加拉，每平方公里之人口密度高達 513 人。此種人口高速增加所造成之負荷，形成了教育負擔之加重、糧食之不足、就業困難以及環境污染等經濟、社會各方面的問題，並且因人口增加引致衛生醫療設施及醫事人力之不足等醫療需求的問題，亦對國民保健產生深遠之影響及衝擊⁹⁵。

即使在這樣巨大的人口壓力之下，1950 年農復會主委蔣夢麟博士開始提倡節育運動時，仍遭受空前龐大的打壓，罵他亡國亡種者有之，罵他匪諜等等者有之。所以，蔣夢麟自己也曾說他是「拼著頭顱幹的⁹⁶」。

⁹³ 參見吳基福著，我國人口政策邁進新紀元，台灣醫界第 27 卷第 7 期，6 頁。

⁹⁴ 參見台灣省家庭計劃研究所，「台灣省家庭計劃史料」，中華民國婦產科醫學會出版，「台灣婦產科百年史」，89 年 6 月，186~202 頁。

⁹⁵ 參見陳昭德著，優生保健法實施一年之回顧與展望，醫事法學，第一卷第五、六期，75 年，78 頁。

⁹⁶ 但蔣博士始終堅持初衷，他曾說：「我寧願政府殺我的頭，那麼在台灣太

內政部於 1954 年 8 月，核准「中國家庭計劃協會」成立，名為家庭計劃，但實際上主要是在推行避孕，不過這僅是一個民間組織的身份。到了 1959 年 2 月，台灣省政府衛生處才決議將家庭計劃歸於『婦幼衛生』這一工作項目內配合實施，而由省婦幼衛生研究所統籌辦理；但為了免除部分人士之非議，特採用孕前衛生工作（Pre-Pregnancy Health）的名義。

直至 1964 年 10 月，才在台灣省衛生處之下成立「家庭衛生推行委員會」，同時孕前衛生工作員改稱家庭衛生工作員，開始倡導生育調節。「家庭衛生推行委員會」於 1966 年更名為「家庭計劃推行委員會」，並於 1968 年由行政院核定公布「台灣地區家庭計劃實施辦法」，作為推動家庭計劃之準據；又於 1969 年頒布「中華民國人口政策綱領」，明示緩和人口成長、提高人口品質與均衡人口分布為我國人口政策要旨，用以全面調整台灣地區人口量的增加及質的提升⁹⁷。

家庭計劃之實施，從 1972 年起，經歷一個「五年計劃」（民國 61 年至 65 年），及二個「三年計劃」（民國 66 年至 71 年），確實使人口粗出生率由 1951 年的千分之 49.97 降至 1962 年之千分之 37.7，再降至 1971 年的千分之 25.64，而 1982 年為千分之 22.1。因此，人口之自然增加率亦由 1964 年之千分之 28.3 降至 1983 年之千分之 15.7⁹⁸。但到民國 70 年代人口自然增加率之下降則開始趨於緩慢，與原計劃之目標之差距越來越大⁹⁹。於是，乃再於 1983 年 1 月頒布「加強推行人口政策方

多的人口中，至少可以減少我一個人。」

⁹⁷ 參見劉仲冬著，女性醫療社會學，女書文化公司，1998 年 8 月，初版，192 頁至 196 頁。

⁹⁸ 參見台灣省新聞處主編，強國強種，74 年 5 月，3 頁。

⁹⁹ 參見陳昭德著，優生保健法實施一年之回顧與展望，醫事法學，第一卷第五、六期，75 年，78 頁。

案」，具體列出推行目標、工作項目、配合措施及實施步驟，希望能有效執行人口政策。

此期間，學界、醫界與政界乃有不少人開始推動墮胎合法化的立法，其中又以醫師公會著力甚多¹⁰⁰。但同時，也馬上引起鉅大的反對聲浪，反對者認為¹⁰¹：「墮胎合法化是違憲違法的一種殺人行為，嚴重違反我國立國精神。」甚至認為將因而影響反攻大陸之復國大業。當然，其中又以宗教界人士之反對為最力。

早在 1967 年 6 月，人口政策委員會完成中華民國人口政策綱領等三草案時，優生保健法內的合法實施人工流產等規定，即已包含在內，但在行政院會被退回。1970 年 1 月，內政部成立研訂優生保健法草案專案小組，於 1971 年 6 月完成草案初稿¹⁰²。但直到 1979 年，因蔣經國之指示，希望十年後的人口自然成長率能降到千分之 12.5，並實施優生保健，行政院會乃在 1982 年 5 月通過，並於同年 6 月 16 日將優生保健法送交立法院審議，經過無數的爭議、辯駁、擱置、修改後，優生保健法終於在 1984 年 6 月 29 日經立法院三讀通過，由總統於同年 7 月 9 日明令公布。但為了加強民眾對優生觀念之宣導，並讓主管機關有時間作執法之預備工作，所以自 1985 年 1 月 1 日才開始正式實施，結束了前後歷時十八年的爭議¹⁰³。台灣自此走入墮胎合法化國家之林，允許包括優生性、倫理性、社會性及

¹⁰⁰ 事實上，醫師公會之亟於推動人工流產合法化之立法，主要著眼點乃是要使醫師能免於因墮胎而觸法。

¹⁰¹ 參見醫師公會全聯會所舉辦的座談會摘要，「優生保健法立法的爭議」，刊於台灣醫界，第 27 卷第 7 期，73 年 7 月，9 頁。

¹⁰² 參見行政院衛生署編印，優生保健，77 年 4 月，13 頁。

¹⁰³ 參見劉仲冬著，女性醫療社會學，女書文化公司，1998 年 8 月初版，206 頁。

家庭經濟性原因的墮胎。

雖然該法稱為「優生保健法」，且其第一條即揭示其立法宗旨為：「為實施優生保健，提高人口素質，保護母子健康及增進家庭幸福。」，但一般都只注意到其中有關人工流產的條文，而認為它就是個墮胎法案。

我們看行政院於 1982 年 6 月向立法院所提出的法案說明內容，制定優生保健法的背景理由包括¹⁰⁴：（1）對患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者之生育，應予防止。（2）對有礙母子健康之生育，應提供適當之指導或處理。（3）懷孕婦女自願人工流產，應由合格醫師為之，並予以醫療照顧。（4）人口自然增加率應予以繼續降低。（5）其他。顯然，重點也是放在合法人工流產的法律規範。

而本法施行後，最明顯的成效也表現在下列兩點¹⁰⁵：

一、婦女得以有條件的合法施行人工流產，並且可以選擇合格的指定醫師執行手術，婦女的健康及權益因此獲得保障。

二、使家庭計劃工作推行更臻完善，不但有合法途徑可協助避孕失敗之婦女，保護母體之健康，並且得以貫徹人口政策之實施。

值得一提的是，在制定優生保健法過程的爭議中，因為受美國婦女運動第二波墮胎合法化的影響，台灣亦開始有了婦權運動者的聲音，「要不要懷孕是女性的一種基本人權」，「要不要懷孕應由婦女自己決定，不需法律來限制」¹⁰⁶。而七個婦女團體的一百五十四位代表，更於 1984 年 6 月 20 日下午到立

¹⁰⁴ 參見台灣省新聞處主編，強國強種，74 年 5 月，4 頁至 5 頁。

¹⁰⁵ 參見關定遠著，優生保健法之立法旨意與實施概況，醫事法學，第一卷第五、六期，75 年，68 頁。

¹⁰⁶ 參見劉仲冬著，女性醫療社會學，女書文化公司，1998 年 8 月初版，207 頁。

墮胎罪之研究

法院遞交一份關於「優生保健法」的意見書，題為「請尊重婦女們自己的意見」。他們主張，墮胎是婦女的自主權限，理應合法保障。

第四章 生命權與墮胎權之爭議

從近代各先進國家的立法趨勢來看，可以發現大都是朝著墮胎合法化的方向在演進，且已蔚為現時之世界潮流。那麼，這是否就代表著有關墮胎的各種爭議已經因此而止息了呢？事實上，相關的各種爭議始終一直持續著，從來就沒有平息。

對於墮胎，究應嚴加禁止？還是應該允許？或者甚至鼓勵？再者，若允許人工流產，則應允許至何種程度？應如何來規範呢？從久遠以來，關於墮胎的問題，神學家、哲學家、立法者即早已為此而爭論不休了幾百年。然而，隨著時間的演變，歷史的舞台已幾度更迭，爭論卻仍然依舊，而真理卻似乎也依然沒有愈辯愈明，贊成者與反對者雙方還是各執一端。或許，這本就是個難有交集的題目。

反對墮胎者大多認為胎兒已是一個生命體，是一個人，墮胎就是殺人。但胎兒是『生命』嗎？即使撇開人的主觀感情因素，這也仍是一個很不容易有合適答案的問題。到底生命從何開始？始終是贊成與反對墮胎兩方之科學與神學的論爭。墮胎是謀殺或僅只是婦女自身的選擇權利¹？雙方仍然糾纏不清，各說各話。

即使在已制定有「優生保護法」的日本，並且在實務上也幾乎從來沒有偵查或審判過墮胎罪，但是對於刑法墮胎罪的修

¹ 參見王崇堯著，當代問題與基督教思想，永望文化公司，1992年1月，初版，197頁。

改存廢也仍一直存在著劇烈的爭論²。在美國，墮胎權問題更永遠是每一次選舉的熱門話題，而隨著自由派與保守派兩方政治力量的消長，「生命權」與「選擇權」雙方也隨著不時互見攻防。就像德沃金（Ronald Dworkin）說的：「這是十七世紀歐洲宗教戰爭的美國現代版」，也是一場沒有贏家的戰爭。

第一節 生命權之主張

第一項 宗教道德上之觀點

羅馬天主教是誓死反對墮胎的宗教，教宗在「人權通諭」中，再三申明，嚴禁干擾自然的生育和直接故意的墮胎，即使因為醫療上的理由，也是嚴格禁止的。天主全能創造萬物，而人為萬物之靈，是由天主所造並賦予生命，所以人的生死，是天主所掌管，人若殺害無辜而墮胎，就是褻瀆侵犯了天主的權利，犯下大罪，如不經過告罪解罪，死後靈魂必下地獄³。近世天主教的見解認為，人的生命，自母體受胎之時起便由天主所賦與靈魂，因此受精卵已是靈魂和肉體的統一體，墮胎即係將被神授與靈魂者之殺害，是殺害無辜的生命，違反天主的誠命。

於 1977 年的和平日文告中，教宗保羅六世就說：「抹殺一個初生或者已生下的生命，不管如何都已侵犯了至聖的倫理

² 參見前田雅英著，董璠輿譯，日本刑法各論，五南圖書公司，89 年 5 月，初版，59 頁。

³ 參見雷勃著，墮胎法案與試管嬰兒，醫事法學，第一卷第五、六期，75 年，96 頁。

原則，「人的生命從懷孕的初刻即是神聖的⁴。」

在美國的墮胎權爭議歷史中，完全反對墮胎立場的，即是以天主教會為最大本營，其觀點有自絕對反對任何情況下的墮胎⁵，到只允許為保護母體安全下的墮胎。美國天主教全國主教會議在 1969 年也宣示反墮胎的立場，認為，「人從受孕那一剎那起即是具有生命的個體，而墮胎顯然是謀害生命。」目前，美國天主教會反對墮胎的立場仍然非常堅定。

但是，在社會神學興起以後，也有部分基督徒對墮胎的看法，卻漸從道德的反對，而由妥協性的允許少數情況下墮胎，再到神學反省的回歸婦女選擇權。他們認為與其一味道德化的責難，不如更加清醒的討論何謂『生命』及成為『人』的意涵⁶。

一般而言，新教教徒較傾向中和立場，即在某些特殊情況下(如母體安全、畸胎或被強暴者等等)，教會應贊同墮胎合法，特別在 1973 年，美國法律學會 (The American Law Institute) 所提的一份「墮胎合法建議案」較獲多數新教教徒贊同，此案允許在母體安全、畸型兒考慮及被強暴懷孕的前提下，可以合法墮胎。教會贊同此提案的立場主要是，教會必須接受小的罪惡來避免產生更多病苦及破壞的結局。當然，教會仍認定隨意的墮胎有時是不負責任的作法，畢竟「胎體」是在往成為一個「人」的可能性上進展著。目前，基督教內各正統教會如長老會、聖公會、路德教派和衛理公會等等較持這中和

⁴ 參見郭自力著，生物醫學的法律和倫理問題，北京大學出版社，2002 年 5 月，第 1 版，301 頁至 311 頁。

⁵ 絕對反對墮胎的人士認為，即使懷孕危及婦女的健康或生命，或者婦女因被強暴而懷孕，也都不可以墮胎。

⁶ 參見王崇堯著，當代問題與基督教思想，永望文化公司，1992 年 1 月，初版，191 頁至 207 頁。

立場⁷。

在貧苦的南美洲，大多數人民信奉天主教，天主教的教義規定不可墮胎和離婚，即使避孕也是不合教義的⁸，因此，許多女人在男歡女愛之後，往往即必須獨力承擔後續的不預期的生養之責任，以致陷入了悲慘的命運之中而毀了一生⁹。

而從較激進的解放神學觀點來看，墮胎權也是貧苦的普羅大眾在爭取基本人權時，不能不觸及的一個自由權，胎兒並非具有人的一切要素，所以墮胎應純粹是婦女選擇權而已。當然，在一般普世教會的眼中，解放神學仍是個異端。

不過，也有愈來愈多較急進的基督徒贊同此種立場。以美國路德會教會為例來說明，教會強調人是出自上帝形像所造，即人具有實現其責任及權利的能力，且能與上帝及其他人產生互動關係。所以必須是被認定為具有人之特性(Personhood)的才能算是『人』，也就是說，人應有情感、認知及與人群發生互動關係及經驗的能力。顯然，「胎體」只是個「生物性的人」，它並不符合成為一個人的特性(Personhood)的基準，還不能視為一個人，所以，墮胎顯然純粹是「婦女自由選擇」的問題。

根據佛教的基本原則來說，只要不犯墮胎殺生戒，節制生育是不必反對的，為了子女的教養及生活的負擔，節制生育是

⁷ 參見王崇堯著，當代問題與基督教思想，永望文化公司，1992年1月，初版，202頁。

⁸ 天主教廷主張，生命自懷孕至自然終結有其不可侵犯之價值，所以原則上反對使用保險套，教廷的立場，對「生命」、「真愛」與「性」的價值，均認為極其珍貴，所以不能接受避孕。參見中國時報，90年9月1日，11版，教廷宗座醫療牧靈諮議會主席（相當於衛生署長）巴拉剛總主教的談話。

⁹ 詳見中國時報，91年9月11日，10版，「雨林過勞的女人」專題。

道德的¹⁰。但是，基於慈悲與眾生平等¹¹的觀念，佛教是嚴禁殺生的，五戒中第一條即為不殺生戒。『優婆塞五戒相經』中提到關於墮胎罪，「若為殺胎故作墮胎法，若胎死者，犯不可悔，是根本罪。若胎不死者是中罪可悔。」所以佛教是嚴格禁止墮胎的，因為佛教以墮胎與殺人同罪，不論被墮的胎兒已經成形，或尚未成形，凡是墮胎，便犯殺人罪¹²。所以佛教反對以墮胎作為節制生育的手段，而認為應當事先節制生育。

不過在一般宗教中，猶太教倒不大一樣，根據猶太教律法，墮胎並不是謀殺¹³。猶太教拉比（祭司）大衛費德曼（David Feldman）即公開聲明：「在猶太律法中，胎兒不是一個人，一直要到嬰兒離開子宮來到世上之後，他才成為一個人。」就像 1975 年美國猶太教徒雙年會宣布的：「墮胎所牽涉到的是非常嚴重的心理、宗教和道德問題，但是母親的福祉是我們的首要考量¹⁴。」

第二項 生命起點之爭議--墮胎或殺人

大體上說，反對墮胎的人，大多從上述之宗教或人道主義的立場出發，認為胎兒乃寄宿在母體中的一個生命體，如果不

¹⁰ 參見聖嚴法師著，正信的佛教，東初出版社，83 年 10 月修定版，100 頁。

¹¹ 所謂：「心、佛、眾生三無別」。參見華嚴經夜摩天宮自在品。

¹² 參見郭旭崧莊人祥著，山城杏話，合記出版社，85 年 1 月，136 頁。

¹³ 在『猶太聖法經傳』中，胎兒被認為是母親的一部份，不是獨立的實體。參見邱仁宗著，生死之間—道德難題與生命倫理，中華書局，1988 年 9 月，初版，80 頁。

¹⁴ 參見 Ronald Dworkin 著，郭貞伶、陳雅汝譯，生命的自主權（Life's Dominion），商周出版，2002 年 9 月，初版，45 頁。

待其分娩期之屆至，即將其排出母體外而中止胎兒的生命，實在無異是殺人之行為，應為法所不許。這是反對墮胎人士之反對墮胎最主要的訴求，即『胎兒乃成長中之生命，因此，墮胎與殺人之行為無異。』

但是若純就法理上來看，墮胎與殺人終究是不同的，區別的關鍵點在於，墮胎罪之行為客體為『胎兒』，普通殺人罪之行為客體則為『人』。胎兒雖是『潛在的人』，但終究不是人，就像 Judith Jarvis Thomson 很喜歡舉的一個例子，一粒橡樹種子雖然很有可能發展成一棵橡樹，但絕不能說橡樹種子就是一棵橡樹。

那麼，胎兒發育到什麼時期，始能稱為『人』呢？胎兒與人的分界點在那裡？也就是說，『人』的始期為何？關於這一個問題，法學界向來都以『出生』為認定標準，亦即是說，已出生者為人，尚未出生者，則為胎兒。但什麼時候才算是已出生呢？則又眾說紛紜，莫衷一是了。

雖然，有學者主張：「隨著人類對人本身瞭解之增加，生命之始期是從，『有生命意識』的生命個體，推進到『有生命現象』之個體，生命現象則始於精子與卵子融合之際¹⁵。」也有學者主張：「人之始期，似應以胎兒成長約至二十四週，已可脫離於母體之外，而具有獨立存活能力之時，為其始期之認定標準較為妥適¹⁶。」但是，此兩說都將對生命之絕對保護往前移的太多，若依此，則將使現今刑法上以墮胎罪論處的行為，都要變成了殺人罪，恐有刑罰太苛之虞。並且，從醫學觀點而

¹⁵ 參見李震山著，論生命科技與生命尊嚴，刊於憲法體制與法治行政—城仲模教授六秩華誕祝壽論文集（一）憲法篇，三民書局，87年8月，125頁。

¹⁶ 參見甘添貴著，體系刑法各論第一卷，自刊，1999年9月，初版，26頁至27頁。

言，在臨床上，孕婦之妊娠週數常有不正確甚至不明的情形，即使以現代醫學科技來檢查鑑定，也仍存在相當大的誤差。因此，妊娠二十四週看似一個很確定的數字，其實在實務上並不是一個很明確的觀念，從法律之安定性來說，恐怕並不容易得到法界多數之認同。不過，如果將二十四週視為胎兒生命權的一個重要分界點，倒是非常恰當¹⁷。

因此，人之生命以『出生』為開始起點，似乎是目前各家學者大致上較無爭議者，但何時始屬『出生』？則又有不同之學說見解，主要有四者¹⁸：（一）分娩開始說（亦稱陣痛說）。（二）一部露出說。（三）全部露出說。（四）獨立呼吸說。此外，尚有頭部露出說、臍帶切斷說及發聲說等其他主張，但這些見解都具有較多之缺點，無法自圓其說，故鮮為學術界及司法界所接受¹⁹。

日本之通說與判例，均傾向於一部露出說，而德國、法國及瑞士的法學界與實務界所採納的，則是分娩開始說²⁰。

我國實務上²¹及通說²²都主張『獨立呼吸說』，但也有學者認為，如採獨立呼吸說，則在生產發動而胎兒未娩出前，因尚

¹⁷ 這一點，在後文『胎兒生命權保護之起點及限制』中，將再詳述。

¹⁸ 參見前田雅英著，董璠輿譯，日本刑法各論，五南圖書公司，89年5月初版，11頁至14頁。

¹⁹ 參見白又謙著，論墮胎罪與殺人罪之界限，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1992年6月，28頁至30頁。

²⁰ 參見甘添貴著，刑法之重要理念，瑞興圖書公司，85年6月，初版，281頁。

²¹ 20上1092：「過失致人死之罪，係以生存之人為被害客體，故未經產生之胎兒，固不在其列，即令一部產出尚不能獨立呼吸，仍屬母體之一部分，如有加害行為，亦祇對於懷胎婦女負相當罪負。」

²² 參見白又謙著，論墮胎罪與殺人罪之界限，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1992年6月，78頁至80頁。

未出生，尚不算具有生命之自然人，故如在此時對之加以殺害或傷害，或因過失行為而致死或致傷者，則均因無適格之行為客體，而不能適用殺人或傷害條款加以科處。同時，又因此時已開始分娩，已非墮胎條款所保護之胎兒，故亦無適用墮胎罪科刑之餘地。如此，在墮胎條款與殺人條款之間將會產生空隙²³，故主張應採分娩開始說。但若採分娩開始說，則在陣痛一開始時胎兒即被視為是人。可是在醫學上，陣痛也有真產痛與假產痛之分，在法律明確性上及實務上恐會製造出問題。此外，也有很多人在並無產痛的情況之下即產下嬰兒，甚至不少人根本不經過產痛即逕行剖腹產子，這種情形，將從何來界定陣痛分娩之開始？何況，生產並不是一定皆能成功，也常有生產至中途卻胎死腹中的情形者，此時是否要先宣告出生（因分娩已開始）再宣告死亡（因胎死腹中）？而如果這個胎死腹中涉及醫療疏失時，是否要追訴醫護人員之業務過失殺人罪，如此，毋乃失之太苛乎？

獨立呼吸說雖不是全無缺點，但是此說在各說中算是較周詳且具說服力的，（1）胎兒第一次獨立呼吸的發生與新生兒之存活有直接密切之關聯，（2）獨立呼吸之發生代表著胎兒生命價值之躍昇與蛻變，（3）就墮胎罪與殺人罪的法律效果之差距來看，以獨立呼吸為人之始期亦最適當，（4）獨立呼吸說兼顧了胎兒是個逐漸成長的個體這一事實，（5）與民法上『人之始期』的通說一致，（6）與一般人之認知較接近，可為一般人所接受²⁴。所以，『獨立呼吸說』之判例雖已逾一甲子，但以『呼吸』這一明確的生命現象為出生的時點，即使以現今之觀點來

²³ 參見林山田著，論殺人罪與墮胎罪，中興法學，13期，67年4月，176頁至177頁。

²⁴ 參見白又謙著，論墮胎罪與殺人罪之界限，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1992年6月，78頁至80頁。

檢驗，仍有其無可比擬的優點存在。

第二節 墮胎自由權之主張

婦女生殖自由一直是婦女運動很重要的一環，其中墮胎自由又是生殖自由中最核心的議題。60年代開始，自由女性主義者在為墮胎權辯護的過程中，即開始主張女人有控制自己身體的權利，以及決定是否終止懷孕的選擇自由。

雖然在各女性主義者之間，對於墮胎權也不是有完全一致的見解，但大多數的自由女性主義者都支持墮胎合法化，而大多數之反對墮胎合法化的女性也不會稱自己是女性主義者。一般而言，女性主義者都主張，追求女性的權利必然包含追求生育自由²⁵。

受美國婦女解放運動第二波墮胎合法化的影響，我國在制定優生保健法而社會各界正紛擾爭議不斷之時，也曾一度出現了婦權運動者的聲音，「要不要懷孕是女性的一種基本人權」，「要不要懷孕應由婦女自己決定，不需法律來限制²⁶。」

自由女性主義者指出，女人應擁有控制自己身體的權利以及決定是否要終止懷孕的選擇自由，並藉由這樣的主張而將墮胎行為合法化。在談選擇自由與控制自己身體時，女性主義者大都是圍繞著兩個主要觀念在運作，一個是和女性個人的生物性身體有關，一個則著重於「女人」的社會意涵。前者指的是女性身體、性與生殖之間的關聯，意即女性的身體因為具有創

²⁵ 參見 Judith Baer 著，官曉薇、高培桓譯，法律之前的女性，商周出版，2000年12月，初版，277頁。

²⁶ 參見劉仲冬著，女性醫療社會學，女書文化公司，1998年8月，初版，207頁。

造另一個生命的生育功能，在性表達之後往往會隨之有懷孕的現象，因而墮胎就成為婦女作為一個獨立的個人維持其身體完整性以及身體自決所必需的重要權利。因為作為自主的個人，必需能控制她或他自己的身體以及心靈，而不受任何外來的侵犯。後者則是針對現有的社會安排，以及性別角色分工的社會中女人通常必需履行『母職(motherhood)』的功能，而且女人通常是受懷孕影響最大的人，所以只有婦女本身可以決定是否要終止懷孕²⁷。

女性主義者認為，男人和女人本應是平等的，但因為女性特殊的生殖能力加上性別角色分工制度化的結果，使得母職成為女性「自然」的天職，因而阻礙了女性在其它方面的發展，乃至日復一日的不斷重覆著無薪的家業式生產活動。於是，控制女人自己的生殖活動就成為婦女成就她們自我的首要條件，而打破「母職」的迷思更是所有女性所必需面對的課題。就性與生殖而言，她們認為性活動本身是良善的，性行為的主要目的並不是為了生兒育女來繁衍下一代，乃是在於追求快樂以及人與人的接觸，而最重要的，也許是在於性行為本身所產生的親密性。

所以，即使將其他所有的權利都給了女性，但是如果拿掉墮胎權，則就一點意義也沒有了。因為，正如同加州一個女權運動者 Mary Clark 所說的：「墮胎是一個婦女享有的最基本權利，假如一個婦女連自己的身體都沒有權利去控制，那麼她便無法控制她以後的一生了。」婦權運動者強調，女性不是不要孩子或不愛孩子，而是要女性的「子宮自主權」，「子宮自由」其實和其他的身體自由、行為行動自由一樣，其危險利弊

²⁷ 參見陳美華著，婦女墮胎權——論露對威德案，東吳政治學報，第 5 期，85 年 1 月，55 頁。

應由婦女自己來判斷及作決定²⁸。再說，即使我們承認胎兒是人，法律也不應該違反婦女的意願而強制她成為一個「保育胎兒的工具」(incubator)。

Judith Jarvis Thomson 教授更提出²⁹，縱使承認胎兒是人，孕婦也仍有墮胎的權利。首先，在懷孕可能危及孕婦之健康時，針對胎兒對其生命所引發的威脅，孕婦可以防衛之，即使這種防衛將會導致胎兒死亡亦同。其次，即使懷孕不曾危及孕婦之生命，但由於一個人並沒有向他人要求維持生命之最低需求的權利，所以就算胎兒是個人，也不能即推論出孕婦一定有要幫助這個人活下去的責任。她提出了一個出名的「小提琴家」的例子來說明這一點³⁰，一個垂死的小提琴家，只有在與他人的身體相連結九個月之後始能存活，於是他的樂迷綁架了一個人，而將兩人的血管相連，此時，這個被綁架的人，在法律上有義務一定要承擔這九個月的責任嗎？法律並未要求人們必須自我犧牲，以挽救他人的生命。又譬如捐血，人們可以冒很小的風險去救他人，但法律也沒有理由可以強迫人們一定要捐血救人，甚至即使對象是捐血者自己的家人。再說，生命權所保障的並非「免於死亡」的權利，而是「免於遭到不法殺害(to be killed unjustly)」的權利，因此，即便孕婦拒絕提供胎兒生存之需求(墮胎)而導致胎兒死亡，因為孕婦沒有不法行為，所以並不違反對於生命權之保障。

或許有人會認為，孕婦對胎兒之出現有部分的責任，所以

²⁸ 參見劉仲冬著，女性醫療社會學，女書文化公司，1998年8月，初版，207頁。

²⁹ 參見張志明著，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，88年6月，29頁至30頁。

³⁰ 參見Judith Baer著，官曉薇、高培桓譯，法律之前的女性，商周出版，2000年12月，初版，283頁。

她對胎兒有著特別責任（a special kind of responsibility），而基於此一特別責任，胎兒可對孕婦主張權利。對此，Thomson 舉例指出，不可因為屋主疏於防備而使盜賊入侵，就說屋主有部分的責任，所以盜賊就因此可以主張有留下的權利。藉這個例子，她主張即使婦女對胎兒的出現有部分責任，胎兒仍無法對孕婦主張權利。

人固然有生存的權利，但並不因此就有使用別人身體的權利。不論胎兒或一般人，都沒有權利去要求使用別人的身體以維持自己的生命。而任何人，也都沒有義務為了別人的生存必須提供自己的身體讓別人使用。胎兒並沒有權利當然可以使用孕婦的身體，孕婦也並沒有義務一定要提供身體讓胎兒來使用³¹。而當胎兒使用別人的身體以維持生命時，別人當然有權可以隨時停止借用。

從激進的女權主義觀點來看，Roe 案判決所承諾的墮胎權其實是極其有限的，因為該判決忽略了絕大多數的女人在現實生活中並沒有「隱私權」的事實，因此，造成了大多數的貧窮婦女仍然無法自由墮胎的窘境³²。

至於配偶的被告知權，更是自由女性主義者痛加抨擊的「父權主義」心態。這一點在 Casey 案判決中也承認，由於通知配偶規定不僅使墮胎更加困難，而且對於很多婦女而言，已經構成了實質阻礙，因此，這種規定係對婦女之不當負擔。Casey 判決認為對配偶告知之規定對多數尋求墮胎的婦女構成不當負擔，其理由為³³：（1）全美國每年有 200 萬個婦女受到

³¹ 參見林正弘著，墮胎的道德問題，鵝湖月刊，第 6 卷第 3 期，69 年 9 月，27 頁。

³² 事實上很多女性主義者就認為，最高法院在 Roe 案雖然作出了正確的判決，但是其所持的理由卻是錯得離譜。

³³ 參見張志明著，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較

丈夫經常性的身心虐待，這些婦女懷孕時，有不將墮胎的決定告知其配偶的充分理由。(2) 很多婦女可能害怕將墮胎的決定告知其配偶會導致小孩受到虐待。(3) 很多婦女可能害怕丈夫的心理虐待，這種心理虐待甚至可能比身體虐待更容易成為對配偶之告知的阻礙。(4) 很多婦女懷孕是因為丈夫性侵害的結果，要求這些婦女在墮胎前將其決定通知配偶，顯然會對其決定造成實質阻礙。雖然對於此一情形，有免除通知義務的補救規定，然而受到侵害的婦女往往無法適用此一例外規定，因為此一例外規定要求婦女在性侵害後 90 天以內將性侵害報告執法機關，才有該規定之適用。但是，由於在調查的時候，丈夫即會得知婦女的報告，因此導致婦女為避免困擾及再受迫害而不願報告所受到的性侵害。所以，很多受配偶強暴而懷孕的被害人，如依此規定，仍須負有通知義務，這將造成很多婦女因為受到通知配偶規定的阻礙而無法墮胎。

並且很諷刺的，即使在墮胎不合法的情形下，富有者仍可以支付高昂代價，秘密在設備醫術俱佳之醫院或診所，由合格醫師施行墮胎。而貧困者，則只能躲避司法機關尖銳之眼光，在簡陋場所，戰戰兢兢接受醫術較不精良之醫師，甚至密醫所施行之危險手術³⁴。此種懷胎婦女因貧富差別，而受到極其不平等之保護，事實上是造成了一種因社會經濟階層而產生的實質不公平。

研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，88 年 6 月，60 頁至 61 頁。

³⁴ 參見蘇朝榮著，墮胎合法化之探討，刑事法雜誌，第 23 卷第 4 期，68 年 8 月，46 頁。

第三節 贊成與反對意見之角力

大體上說，反對墮胎或強烈主張只有為挽救母體生命才能實行流產的人，大多從宗教或人道主義的立場出發，認為胎兒已是一個生命體，只是寄宿在母體中，而在胎兒與新生兒之間並無截然的界限，兩者都具有依賴性，都可能成為社會的一員，也都已經具有一定程度的人類特質，所以，如不待其分娩期之屆至，即將其排出母體外而中止其生命，這無異是一種殺人行為，實為法所不許。

從法學觀點言，生命權是指保障人之生物上、物理上的存在不受侵害的權利。生命權是一切權利之根本，特別是一切精神性權利依附之所在，應受保障自無爭議。至於生命權存在之期間，則應依醫學上、生物學上所認識的人個別存在為範圍³⁵。

而 Judith Jarvis Thomson 在其『墮胎的防衛(A Defense of Abortion)』一文裡，曾談及一個觀念，即從受孕到胎兒出生，這個過程事實上是連續的，所以要在這過程中畫一條線勉強說「線之前」胎體無生命，「線之後」胎體有生命的，這是毫無意義的。「贊同生命者」擴大醫學觀點，而從廣義來說，認為自精卵結合受胎時，胎體即為完整的人的開始，這個人在出生前和出生後應享有同樣的待遇和尊重；即使從狹義一點來說，懷孕滿 3 個月的胎兒已具有完整的人之象徵了。對於這一論點，「贊同選擇者」傾向於去區分遺傳上的「人」(genetically human)和成為具有人之特性(personhood)的「人」的不同。生物學上雖然可以主張胎體是「遺傳上的人」，但畢竟這與成為一個具有人之特性的「人」仍然不同，

³⁵ 參見李震山著，從生命權與自決權之關係論生前預囑與安寧照護之法律問題，國立中正大學法學集刊，第二期，88 年 7 月，331 頁。

就如同手、腳、身體各部份均是「遺傳上的人」，但它們卻不能獨自存活或宣稱為一個人³⁶。人是一個獨特的個體，不單只是物質的存在，人應具有情感、認知及與人群發生互動關係及經驗的能力，一塊石頭切成兩半，還是石頭，但是把人切成兩半，所產生的並不是兩個一半的人，而是已經和人全然不同的東西了³⁷。

何況，人的生命從何時開始的？始於受孕時？或 14 天後？或 40 天之後？生命科學的研究顯示，受孕並非一剎那完成，它也是一個過程。胚胎受孕後，自然著床於子宮的成功率只有約百分之廿，此時約為第 8 第 9 天。因此，有人主張，胚胎生命始於受孕後 14 天，此時已成功著床並發育出原始胎塊及背脊最原始的線條，才算是人生命的開始。但也有學者認為，此時只能算是生物狀態，還談不上是人³⁸。而且胚胎有可能分裂成雙胞胎甚至多胞胎³⁹，因此也還沒有個別性，所以尚不能算是有位格的生命個體⁴⁰。

當然，還是有學者認為，人之始期，雖始於出生，而胎兒尚生存於母體還未出生，但仍是將來具有潛在人格法益之生命體，在其尚未分娩出生之前，雖暫時仍屬於母體的一部分，但

³⁶ 參見王崇堯著，當代問題與基督教思想，永望文化公司，1992 年 1 月，初版，198 頁。

³⁷ 參見 Roger Scruton 著，陳中和譯，斯賓諾莎，麥田出版公司，1999 年 8 月，72 頁至 73 頁。

³⁸ 參見洪祖培著，生與死之醫學觀，醫事法學，第二卷第一、二、三期，76 年，108 頁。

³⁹ 受精卵分裂到四個甚至八個細胞的階段，每個細胞仍然能夠單獨發育出完整的生物個體。參見 Lewis Wolpert 著，周業仁譯，胚胎大勝利，天下遠見出版公司，1998 年 8 月，一版，5 頁。

⁴⁰ 參見周一心著，人類胚幹細胞及胚母細胞的醫學倫理，路加雜誌，153 期，90 年 11 月，25 頁。

顯然不能和母體其他部分（如肢體等）同一而論，應認其具有獨立的法益存在，此時如加以殺害，當然具有可非難性。而且：「刑法認定墮胎罪之保護之客體主要是母體內成長之胎兒，因此，懷胎婦女不得以對於自己身體之自由處分權，而主張有權決定在其子宮中之胎兒的留存問題⁴¹。」況且，墮胎也有可能造成母體之傷害甚至危及生命，因此，墮胎乃對於胎兒、懷胎婦女之生命或身體之侵害行為，具有可罰性，無庸置疑。

主張流產自由的人則認為，胎兒幾乎沒有人類的特徵，至少在頭 3、4 個月是如此。且若禁止合法的、在醫療照護下之流產，則必然出現不合法的、顯然較危險的流產。主張墮胎合法化者，更謂墮胎可抑制人口的增加，也有認為墮胎已成為社會上習見之事，殆無處罰之必要。也有人主張，胎兒乃母體的一部分，是否繼續懷孕直至分娩，事屬隱私，孕婦有自主決定之權利，其於分娩期前將胎兒排出母體外，亦屬自損的行為，應為法所不禁⁴²。更有人主張，關於懷胎、分娩或撫育子女，無一不與婦女有密切之關係，因此，為保障婦女之權益，關於是否生育，或生育多寡，婦女本人享有最後決定權。換句話說，是否繼續懷胎以至分娩，事屬婦女隱私權，自應受到法律之保護⁴³。

但是，反對墮胎的人則認為，婦女人格的自由發展，在廣義的內容中雖包含了行為自由，但是這個權利並非受到無限制的保障，他人的權利、合憲的秩序、道德律都會限制它。人格發展權本來就不包含沒有正當理由而侵害他人受保障之權利領

⁴¹ 參見林山田著，刑法各罪論，自刊，2000年12月，二版，83至84頁。

⁴² 參見蘇朝榮著，墮胎，是耶？非耶？，醫事法學，第一卷第五、六期，75年，84頁。

⁴³ 參見蘇朝榮著，墮胎，是耶？非耶？，醫事法學，第一卷第五、六期，75年，84頁。

域的權限，或者在依事物之本質對生命負有特別責任時，竟然去毀滅他的權限⁴⁴。更有學者主張：「隨著人類對人本身瞭解之增加，生命之始期是從，『有生命意識』的生命個體，推進到『有生命現象』之個體，生命現象則始於精子與卵子融合之際⁴⁵。」

不過，也有學者⁴⁶主張，賦予生命權保障的合理依據，在於權利人是一個有位格的生物，所謂有位格的生物，依其見解是指有自我意識⁴⁷以及理解能力的生物，甚至學者麥克杜立（Michael Tooley）主張，位格除了意識和自覺外，尚須加上自由選擇的能力⁴⁸。胎兒顯然不是個有位格的生物，就像一些鼓吹複製的專家所說的：「它沒有器官，不可能有思想，也不可能感覺，人類該有的特質它一項也沒有⁴⁹。」。

從保護法益來看，如對懷胎婦女予以百分之百之保障，允許其自由墮胎，無異不顧胎兒利益之保護。反之，如絕對保障胎兒法益，全面禁止墮胎，也有厚此薄彼之憾。因此，各國立法例上，我們可以看到，全面禁止墮胎者，固已少見，但給予墮胎合法者，亦有加以某些限制的。究應如何規定，方可兩全其美，殊非易事。但是近年來，關於墮胎合法化的主張，似乎

⁴⁴ 參見張志明著，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，88年6月，207頁。

⁴⁵ 參見李震山著，從憲法保障生命權及人性尊嚴之觀點論人工生殖，月旦法學雜誌，第二期，1995年6月，19頁。

⁴⁶ 此為德國學者 Norbert Hoerster 之見解。轉引自陳愛娥著，憲法對未出生胎兒的保護，政大法學評論，第58期，86年12月，74頁。

⁴⁷ 這種自我意識，就像笛卡爾所說的「我思故我在」。

⁴⁸ 參見孫振青著，倫理問題探索：論墮胎的道德性與合法性，東吳哲學傳習錄，第二號，82年5月，5頁。

⁴⁹ 參見 Ronald M. Green 著，黃榮棋譯，醫療複製的道德考量，科學人中文版，創刊號，2002年3月，40頁。

不分中外，已成趨勢，這是無庸置疑的，且隨著個人主義思潮的擴及全世界，這個趨勢更是沛然莫之能禦了。

第四節 本文看法

第一項 生命權之相對性

人性尊嚴不可侵犯，乃是『先於國家』而存在之自然法⁵⁰的基本法理⁵¹，更是已經普遍為現代文明國家在憲法規範中所確認。譬如：德國基本法第一條第一項謂：「人性尊嚴不可侵犯性，所有國家之權力必須尊重與保護之」。對於生命權的保護，即是從這個人性尊嚴的理念而出發，且已成為在實證法之基本權利保護規範中，居有最高法益的地位⁵²，這也就是一般所謂的「生命絕對保護原則」。

1948 年之世界人權宣言的第三條宣示：「人人有權享有生命、自由與人身安全。」1966 年的公民權利及政治國際公約第六條第一項，更進一步規約：「人人有固有的生命權，這個權利應受法律保護，不得任意剝奪任何人的生命。」在 1991 年聯合國的廢止死刑公約，更宣示了尊重生命權為國際性的重要法

⁵⁰ 自然法的存在是超越於任何立法者意志之上的一個意志，我們稱之為永遠公正與善的那種法律，就是自然法，它是普遍適用的，不變而永存的。參見 A. P. d'Entreves 著，李曰章譯，自然法法律哲學導論，聯經出版公司，85 年 6 月，11 頁 27 頁。

⁵¹ 當然，也有學者認為「人性尊嚴」並不是源於自然法的基本價值，如魯曼（Luhmann）。參見陳英鈐著，人類幹細胞研究的法議題，政大法學評論，67 期，90 年 9 月，45 頁。

⁵² 參見蘇俊雄著，從法益相對化觀點論刑法上人之概念，刑事法雜誌，第 45 卷第 5 期，3 頁。

律觀念。從這些國際人權法案中，我們可以了解，保護生命法益的重要性已經普遍為現代文明國家所確認。

生命權是一切權利之根本，應受保障殆無爭議，而尊重生命、尊崇人性更已成為現代自由民主法治國家施政的指標，更無庸置疑。我國憲法第二章的『人民之權利義務』中，雖然沒有明文列出對生命權與人性尊嚴的保障，但並不因此就表示，國家對此即可不加以保障。因為，該兩權利就如前段所說的，乃係自然權，是人類固有的權利，是先於國家之存在，且不待形式憲法之規定而自明之原權，應屬憲法中不成文之基本權利⁵³。再者，我國憲法第十五條有保障「生存權」的規定，由此我們也可以推論出，國家對生命權有保護義務的憲法根據。

從法學觀點言，生命權是指『保障人之生物上、物理上的存在不受侵害的權利』。至於存在之期間，則需依當代從醫學上、生物學上所認知的人之個別存在及其定義而來範圍。且人類的生命法益，既然居於最高法益的地位，乃係法律秩序中所保護法益的最高者，故即使與其他種權利有衝突時，仍有必須優先受到保護之原則。所以像自殺行為，固然是法律所不罰的行為，但是如果是他人基於自殺者之承諾而為之加工行為，基於對生命權之尊重，仍然是法所不許的（刑法第二七五條）⁵⁴。

但是，從現實來探究，生命權固然居有最高法益的地位，可是它並不是絕對的。「生命絕對保護原則」係指人的生命享有絕對的保護，不論其生命能力、生命之期待或生命利益，亦不論法益主體之年齡及健康狀況，或其對社會之功能才幹，以

⁵³ 參見李震山著，從憲法保障生命權及人性尊嚴之觀點論人工生殖，月旦法學雜誌，第二期，1995年6月，19頁。

⁵⁴ 參見蘇俊雄著，從法益相對化觀點論刑法上人之概念，刑事法雜誌，第45卷第5期，5頁。

及其他人對他的價值評定⁵⁵。因此絕對化的生命權，意指任何人無權剝奪他人之生命，包括國家依據法律之行為。如果根據法律即可以剝奪他人之生命，例如死刑、墮胎、戰爭殺人等之法律依據，則該法律應被評價為違憲，其所依據的是絕對生命保障之原則。但我們看看現代各國的刑法，可以發現，仍然有多數的國家以「生命刑」做為對於最嚴重之罪行的懲罰，由此可見，對生命權的保護，事實上也只是僅具相對的意義，並不是絕對的，也就是說，生命權的保護是相對的。

生命權之相對化，係指在一定條件下，人的生命仍可依法加以剝奪。在當今的法律中，軍人、警察、醫生、法官，甚至個人都有可能依法剝奪他人生命。例如立法機關制定優生保健法允許墮胎⁵⁶，戰爭中的殺人行為等都是，我國司法院大法官的解釋中也承認死刑之合憲性⁵⁷。例如，當遭到歹徒攻擊，危及到自己的生命時，我可以反擊先殺了他，這不僅不違法（刑法第二十三條），即使道德上也不致引起非議。甚至在最反對殺生的佛教，其『因緣僧護經』中也說：「為護生命，寧捨錢財，為護一家，寧捨一人，為護一村，寧捨一家，為護一國，寧捨一村。」由此也可見，生命權並不是絕對的，而是相對的。

第二項 墮胎合法化之趨勢

胎兒是個『潛在的生命』，有可能發展成為一個『人』，因此對於胎兒潛在的生命法益，仍應予以保護，所以若單從此

⁵⁵ 參見白又謙著，論墮胎罪與殺人罪之界限，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1992年6月，12頁。

⁵⁶ 如允許為「優生保健」的墮胎，那「不優（不健康）」的胚胎難道就沒有生存權嗎。

⁵⁷ 88年1月29日，釋字第476號。

觀點出發，墮胎行為在原則上確具有可罰性。但是，墮胎行為並不只是單牽涉到胎兒生命權的問題，它同時也牽涉到孕婦本身之身體自由權的問題。因此，在考慮墮胎權時，胎兒生命權和孕婦身體自主權恐怕就很難同時兼顧了，若偏向胎兒生命權，則須犧牲孕婦身體自由權，若尊重身體自由權則無法兼顧胎兒的生命權。因之，所能作的，恐怕只是如何在兩者之間權衡利益而作出取捨。

我們可以說，基於對生命權的尊重與保護，當然不能因為婦女的基本權而一般性地免除其分娩義務，只能在例外情形下才免除其義務。立法者在此必須考量，此兩種相衝突的法益不可能合比例地加以平衡，因為如果胎兒具有生命權，則對於每個未出生的生命而言，問題不在於墮胎使權利損害多少或限制有多少，它是對生命本身全面性的剝奪。所以，既保障胎兒生命權又給予孕婦墮胎權的平衡是不可能的⁵⁸，這是個零和的問題。

但是，有些情況下，立法者為了保障多數的法益，可能必須放棄少數法益。雖然，生命與生命間無法衡量，但是事實上，仍然必要在法益與較次要法益之間作出抉擇。何況，就如上節所論述的，生命權並不是絕對的，乃是相對的。因此，比較在妊娠的不同時期，兩種法益之孰輕孰重，而在懷孕的不同階段作不同的規定，恐怕是現實中立法上不得不爾的取捨。

德國聯邦憲法法院在前文所述的第一件墮胎判決中，就已經指出，為保護胎兒的生命，必須課予孕婦孕育胎兒以至分娩的義務。但是判決中也指出，此項義務有時會對孕婦造成重大影響，雖然胎兒生命權的保護一般優先於孕婦的自己決定權，

⁵⁸ 參見張志明著，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，88年6月，127頁。

然而，此優先性的規定亦有其界限，不能對孕婦課予超越期待可能性範圍之外的義務，而以「期待可能性」作為孕婦孕育胎兒以至分娩義務的界限⁵⁹。因此，「未出生生命之生命權，不可使婦女的負擔實質上超過正常懷孕的標準。」因為，會受到胎兒生命權法益影響的，最主要的還是孕婦的生命權、身體不受侵害權及其人格權。孕婦的這些權利，容許在一些例外的情況下，應該可以免除她孕育胎兒以至分娩的義務。基於此，立法者應依「不可期待性」的標準⁶⁰，來明定這些例外。

法律固然有其規範性的目的，但也不要忘了法律也有其保護性的目的。因此，國家為履行其保護義務所採取的措施，假使因而限制他人的基本權時，仍然要受憲法比例原則的審查。但是，其限制權利的手段必須有助於保護義務的達成(適當性原則)，也應選擇限制個人權利最輕微而同樣有效的手段(必要性原則)，最後，對他人權利的限制與所擬達成的保護目標相較，不能有輕重顯然失衡的情況(狹義比例原則)。

羅伊對威德案中，美國最高法院也認為：「每當涉及特定『基本權利』時，唯有存在『重大而迫切的政府利益』時，方能正當化限制該等權利之管制措施，而且該立法必須和所涉及之正當政府利益間，有緊密之連結⁶¹。」美國聯邦最高法院在審議 Casey 一案時也指出，有關對個人自由之侵害的案件中必須考慮四個問題：(1) 基本權利是否存在？(2) 權利是否

⁵⁹ 參見陳愛娥著，憲法對未出生胎兒的保護，政大法學評論，第 58 期，86 年 12 月，78 頁。

⁶⁰ 不可期待婦女繼續懷孕的情況，有以下四種：(1) 繼續懷孕將危及婦女生命或對其健康造成重大損害者。(2) 基於優生學上理由者。(3) 基於倫理之理由者。(4) 基於社會的或困危狀態的理由者。

⁶¹ 參見林秋琴、劉后安譯，美國聯邦最高法院憲法判決選譯：「Roe v. Wade」，司法院，90 年 8 月，初版，195 頁。

受到侵害？（3）是否有充分的目的（sufficient purpose）可以賦予此一侵害正當理由？（4）手段與目的之間是否有充分的關係⁶²？

雖然有些學者主張，在這裡並不發生孕婦自己決定權與胎兒生命權衝突的問題，因為胎兒乃是獨立的主體，並非孕婦身體的一部份，孕婦的自己決定權並不能包含處分他人生命的權利。顯然，此種看法與主張婦女有絕對「子宮自由」的見解，同屬一偏之見。尤其，像堅決反對墮胎者所主張的，即使母親生命受到危險時也不能墮胎，這種觀點，實質上是將胎兒的生命明顯的凌駕於母親生命之上，和絕對墮胎權的主張一樣，都是太極端。

由於，母親與小孩之間的特殊關係，禁止墮胎，事實上不僅只是課予婦女不可侵害他人生命的義務，同時更是嚴格要求婦女必須分娩，以及負起小孩出生後延續許多年的照顧與養育義務，單只預想這些結合在一起的未來負擔，國家的法律難道有權要求，不管在任何階段，未出生胎兒的生命權位階都高於孕婦的權利嗎？懷孕婦女不能主張其權利應受保護嗎？羅伊對威德案中，美國最高法院也認為：「額外懷孕或額外子女可能迫使婦女陷入不幸的人生與未來，非依父母所願而生出之胎兒，將對相關人等均帶來困擾，對於心理與其他方面已經無法照顧兒童的家庭而言，新生兒之來臨亦屬一大問題，其他情況還可能涉及未婚母親可能面臨之額外困境與持續烙印。」

再者，當政府限制婦女終止懷孕之權利時，無異於剝奪婦女本人決定個人生育與家庭計畫等事務之權利，對於婦女而言，「終止或繼續懷孕」所帶來之衝擊絕對不下於「避孕」或

⁶² 參見張志明著，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，88年6月，64頁。

「結婚」等決定。而且，由於「母職」(motherhood)將對婦女本人之教育規畫、就業機會與自我決定均造成鉅大影響，因此，限制墮胎之法律事實上已剝奪婦女掌控自己生涯之可能性。而一位婦女如果因為法律禁止墮胎或使得墮胎十分昂貴，而被迫懷有一個她不想要的孩子，當她失去了對自己身體的主宰權，法律便讓她成了某種意義的奴隸⁶³。而在最壞的情況下，禁止墮胎的法律更將毀了該婦女一生的生命。

在羅伊案中，美國聯邦最高法院更指出：「州政府對於墮胎之限制措施，會迫使婦女不得不繼續原先或許業已終止之懷孕。藉由限制婦女終止懷孕的權利，州政府無異於徵用婦女身體而強迫其繼續懷孕，並忍受分娩痛苦，況且在大多數情況下，更要歷經數年之久養育小孩的歲月。」因此，Roe 案中執筆的布萊克門大法官將隱私權涵蓋至墮胎權的論點，乃是基於不想要的懷孕可能帶來的有害結果，如「苦難的生活和未來」、「心理的傷害」、「不受歡迎的孩子所帶來的悲苦」以及「把孩子生育在一個已經在心理上或其他方面都無力照顧他的家庭所會帶來的問題」。即使最不友善的批評者都承認，「不想要的懷孕，最後可能會毀了一個女人的生命⁶⁴」。

墮胎行為，固然在原則上可能具有可罰性，胎兒之生命權亦須予以保護，但是，懷胎婦女或其家屬之生存權或幸福權亦不能置於不顧。否則，一昧的仍責婦女以分娩之義務，則不僅懷胎婦女及其家屬在生活將承受不幸之後果，即新誕生之嬰兒亦難倖免其受到影響。直言之，其結果為，胎兒及懷胎婦女乃至於整個社會之法益，不但無一獲得確切保證，反而同蒙其

⁶³ 參見 Ronald Dworkin 著，郭貞伶、陳雅汝譯，生命的自主權 (Life's Dominion)，商周出版，2002年9月，初版，117頁。

⁶⁴ 參見 Judith Baer 著，官曉薇、高培桓譯，法律之前的女性，商周出版，2000年12月，初版，273頁。

害。因此，與其絕對保護單一之胎兒之生命法益，毋寧更應重視具體實在之多數人之生存與幸福。蓋依兩害相權取其輕之原則，在某些情況下，犧牲胎兒法益，而顧全其他之多數法益，似亦無可厚非⁶⁵。

即使反對墮胎最力的美國教會，自 70 年代以後，也有些基督教會對其宗教觀被道德化運用在反墮胎上開始反省，主要原因是新興起的情況倫理 (Situation Ethics) 已逐漸影響眾多基督徒對社會事務的看法，以美國的情況為例，反墮胎的訴求已經愈來愈失去其現實感，因為如果反墮胎政策被遊說成功而立法的話，那麼，隨之發生的一些現實的墮胎問題將使社會更束手無策。舉例言之，如果墮胎不能合法，人們只好再往回走，在見不得人的陋巷裡墮胎，這種墮胎過程對母體的危險性只會有增無減⁶⁶。而墮胎不合法也無法阻止有錢的婦女往合法的地方進行墮胎，經濟情況許可的婦女將自行往限制較寬的各州進行墮胎，但貧窮婦女卻無法負擔此種旅行費用，於是受害者將只是這些貧窮婦女而已。而不幸的，根據艾蘭古特瑪賀研究所 (Alan Guttmacher Institute) 的報告，收入低於貧困標準的婦女，遇到墮胎的機會，比諸年收入在二萬五千美元以上的婦女卻高出三倍⁶⁷。如果嚴格限制墮胎權，這些貧窮婦女獲得合格醫療照護的機會，將會大為減少。

又如前面所述的，在貧苦的南美洲，因為天主教的教義規定不可墮胎和離婚，即使避孕也是教義所不許的，因此，許多女人在男歡女愛之後，必須獨力承擔後續的不預期的生養之責

⁶⁵ 參見蘇朝榮著，墮胎，是耶？非耶？，醫事法學，第一卷第五．六期，75 年，86 頁至 88 頁。

⁶⁶ 參見王崇堯著，當代問題與基督教思想，永望文化公司，1992 年 1 月，初版，192 頁。

⁶⁷ 參見美國新聞與世界報導，1989 年 7 月 17 日，19 頁。

任，而終生陷入悲慘的命運中。甚至在哥倫比亞，婦女只好在地上用一根尖銳的棍子給自己墮胎。在智利，因粗劣的墮胎方法而致殘害的婦女，佔了婦產科病房床位數的 20%，用了佔輸血總量 27%的血量⁶⁸，試著想像這種情境，這不只是令人不忍，更令人心驚。

據估計，全世界每年約有二千六百萬至三千一百萬合法之人工流產及一千萬至二千二百萬不合法之人工流產發生。在美國，依疾病管制中心統計，1990 年一年內約有一百六十萬件人工流產。在德國，每年大約也有一百萬次人工流產。當然，在合法情況下之流產手術通常較安全且有保障，而在不合法之情況下所施行的人工流產手術，通常有較多的併發症。據統計，每年約有十五萬婦女因人工流產手術之併發症而致死。不管墮胎是對或錯，也不管贊成或反對，這些都是事實。而在墮胎合法的情況下，這些慘劇應會減少，也是不容否認的。

對胎兒生命權之保護，若從倫理上來看，當然優先於婦女之自我決定權。然時代在變遷，環境也在變，人們的思想觀念甚至道德意識也都隨著在變化。尤其自由主義興起，個人意識覺醒，隱私權更受到重視，在潛在的生命法益與孕婦既存之本身利益互相權衡時，墮胎並非沒有承認其合法化的道理存在。

近年來，美國媒體也似乎較傾向「婦女選擇權」立場，例如，照美國人口委員會(Population Commission)在 1971 年對全國的調查顯示，美國一半的人認為墮胎應由夫妻與醫生自行討論後決定，同時父母已經有了想要的子女數時，也應允許墮胎。調查報告說：「三分之一的人認為，在唯有保全母體安全下，墮胎才能合法，只有 6%的人表示，無論何種情況皆應反對

⁶⁸ 參見郭自力著，*生物醫學的法律和倫理問題*，北京大學出版社，2002 年 5 月，第 1 版，314 頁。

墮胎。」另外，1989 年新聞週刊 (News Week) 的民意調查顯示，對『韋伯斯特對生育保健診所』之判例，居然有 53% 的人表示不同意州政府可通過法律來限制墮胎，贊同懷孕初期婦女墮胎自由權的更有 58% 之多⁶⁹。到了 1992 年時，由時代雜誌與 CNN 進行的民意調查顯示，49% 的美國人同意：「一個婦女若決定進行墮胎，她就能去墮胎，不管她是基於什麼理由。」另有 38% 的人同意，在某些情況下，墮胎應該合法。只有 10% 的人認為，無論什麼情況，墮胎就是不合法⁷⁰。

再說，人口壓力也是一個世界性的問題。現今世界人口維持在 60 億，比 1960 年多了 30 億，而在二千年前耶穌基督誕生時，地球上大約只有 2.75 億人口。根據聯合國的預測，到了 2050 年，全世界很可能再添加 30 億，到最後人口數量將達到 100 億左右⁷¹。因此，聯合國於 1968 和 1969 年，兩度鄭重的向各國政府發表「人口宣言」，強調：「我們為人類的生存與福利，認為人口問題處理之得當與否，是達成國家經濟目標及實行國家長期計劃之重要關鍵。」宣言又說：「我們相信做父母的，有權決定自己要生幾個孩子，或要幾年生育幾個孩子，為了達成人類的這項基本權利，各國政府如在法律上有阻礙，應加以修正，若技術上有困難，醫學界應予以指導⁷²。」世界環境與發展委員會在 1987 年的報告『我們共同的未來』中也說：「目前的人口增長率不能再繼續下去了，這些增長率已經影響

⁶⁹ 參見王崇堯著，當代問題與基督教思想，永望文化公司，1992 年 1 月，初版，203 頁。

⁷⁰ 參見 Ronald Dworkin 著，郭貞伶、陳雅汝譯，生命的自主權 (Life's Dominion)，商周出版，2002 年 9 月，初版，19 頁。

⁷¹ 參見 John Bongaarts 著，王瑞香譯，關於人口，科學人，創刊號，2002 年 3 月，76 頁。

⁷² 參見吳基福著，我國人口政策邁進新紀元—寫在優生保健法完成立法之後，台灣醫界，第 27 卷第 7 期，1984 年 7 月，6 頁。

了許多政府為人們提供教育、保健和食物保障的能力，使這些政府提高人們生活水準的能力大為減弱⁷³。」

而台灣自從實施優生保健法以來，生育率已有逐漸下降的趨勢⁷⁴，台灣的出生率從民國八十年的每千人 15.7 人，逐漸降至九十年的每千人 10.69 人⁷⁵，較已開發國家平均數仍高了 1.8 個千分點，較開發中國家平均數低 11.2 個千分點⁷⁶。這種對人口壓力的疏解，我們不能否認，優生保健法的實施必然佔了很大的一個因素，這一點，在婦產科門診，也確可反應出來⁷⁷。如果我們看優生保健法實施的第二年即 1986 年，人口出生率馬上由千分之 20 至 30 之間，遽降至千分之 15.93⁷⁸，其間的關係，更不言而喻。而這種出生率下跌的現象，也見於開發中國家⁷⁹，想來應該也跟女性意識抬頭而更有身體自主權有關。尤其在實行一胎化甚至強迫墮胎的中國大陸，人口增長率由 1982 年的千分之 15.6 降至現在的千分之 6.95⁸⁰，其中的關連，應該也是很清楚的。

當然，墮胎絕不可以拿來作為人口控制的主流，墮胎只能作為一種補救的方法。各種避孕措施才是控制人口增加的有效方法，並且避孕措施的使用也經證明對墮胎案例的減少有相當

⁷³ 參見郭自力著，生物醫學的法律和倫理問題，北京大學出版社，2002 年 5 月，第 1 版，309 頁。

⁷⁴ 依據內政部公布之人口統計數字，台灣地區 2002 年 1 月到 9 月之粗出生率約為千分之 10.7 人。詳見中國時報，91 年 10 月 13 日，9 版。

⁷⁵ 依據行政院衛生署衛生總計。參見台灣婦產科醫學會會訊，第 69 期，2002 年 7 月，18 頁。

⁷⁶ 詳見聯合報，91 年 10 月 13 日，3 版。

⁷⁷ 詳見勁晚報，91 年 10 月 26 日，3 版。

⁷⁸ 參見行政院衛生署編印，88 年版，公共衛生年報，6 頁。

⁷⁹ 詳見中國時報，91 年 3 月 11 日，10 版。

⁸⁰ 詳見中國時報，91 年 9 月 1 日，11 版。

的影響⁸¹。但是，依據戴銳斯保險套公司於 1998 及 1999 年兩次的調查，台灣青少年第一次性行為中，沒有採取避孕措施的比例高達 49%，為世界之冠⁸²。因此，在台灣省家庭計劃研究所的一篇報告中指出，在有婚前性行為的青少年中，77%的比例發生了婚前懷孕⁸³。而另一篇在 75 年即發表的研究顯示，在當時的年輕有偶婦女中，與丈夫有婚前性關係者比例已佔 26.7%⁸⁴，若再加上未婚者及不是與丈夫發生的婚前性關係，則數字當不止於此。時至今日，相信這個值也只有更高，不會變低的。

西歐與英語系國家中的非婚生兒比率，40 年前只佔所有新生兒的 5%，在今天已上升到 30%左右⁸⁵。即使在醫藥先進國家如美國，據 1994 年發表的一份調查報告顯示，在美國生產的未婚媽媽中，有約 55%是意外懷孕來的。

同樣是戴銳斯保險套公司於 1999 年的調查顯示，台灣年輕人首次性行為的平均年齡為十七歲⁸⁶，而這些青少年在「大部分」或「全部」性行為中並沒有作保護措施⁸⁷。衛生署針對八千多名在學青少年所做的調查顯示，已有性經驗者，男生為

⁸¹ 參見李美玲陳文玲著，墮胎合法化前台灣地區婦女墮胎實施狀況，公共衛生，第十三卷第二期，188 頁。

⁸² 參見葉大華著，台灣囡仔「性」福嗎？新使者，64 期，2001 年 6 月，8 頁。

⁸³ 參見李棟明著，婚前懷孕、訂婚前懷孕與背景因素之關係，公共衛生，第 13 卷第 2 期，75 年 7 月，194 頁至 208 頁。

⁸⁴ 參見李棟明著，背景因素與婚前性關係發生率研究，公共衛生，第 13 卷第 1 期，75 年 4 月，68 頁至 86 頁。

⁸⁵ 參見 Rodger Doyl 著，王道還譯，非婚生兒不斷增加，科學人，第 2 期，2002 年 4 月，10 頁。

⁸⁶ 全球人們初次性行為的平均年齡是 18 歲，美國人最早，平均 16 歲。詳見中國時報，90 年 11 月 28 日，9 版。

⁸⁷ 參見楊淑嬌著，引導孩子明白性愛，讀者文摘，74 卷 3 期，2001 年 11 月，76 頁。

13.9%，女生為 10.4%。與異性發生過性行為的女生中，超過一成的人曾經懷孕，而她們幾乎都以墮胎來解決問題⁸⁸。而在家庭計劃研究所的調查中更高，1984 年時，已有性經驗的未婚青少年中，有 28%做過人工流產⁸⁹。

依據勵馨基金會的估計，台灣十五歲至十九歲的未婚少女，一年產下的嬰兒數約為一萬六千餘人，推估未婚墮胎人數約為出生人數的兩倍，那台灣未婚少女每年的墮胎人數將超過三萬⁹⁰。

在此開放的時代，未婚懷孕並不能單純的只是視之為道德問題，或簡單的化約為家庭教育問題，應該以更開闊的胸襟來考慮整個社會環境及風氣。因此，如果由這些少女獨自來承擔問題，是否將會造成更大的社會問題甚或犯罪，是否將產生更多的不幸。尤其，如果墮胎是不合法的，一般合格醫師多不願自找麻煩，所以這些未婚懷孕少女往往只好找一些未受專業訓練者或地下密醫來為其實施墮胎，結果將造成對婦女身心更嚴重之傷害。

第三項 道德的憂慮與法律的威嚇

有人憂心的說，讓墮胎合法化將更鼓勵性氾濫。其實，相同的論調，在避孕藥初推出時，我們也曾經耳熟能詳。當時宗教界及道德人士也極力反對，認為不該讓避孕藥上市，因為如此一來，將讓婦女自由享受性愛而不思生育，必然造成婦女耽

⁸⁸ 詳見中國時報，90 年 11 月 27 日，13 版。

⁸⁹ 參見林淑慧譯，張明正等發表之論文，台灣地區青少年之性行為、懷孕與人工流產研究，家庭計劃通訊，143 期，85 年 3 月，6 頁。

⁹⁰ 詳見聯合報，90 年 8 月 29 日，18 版。

溺性愛以致性氾濫，是極為不道德的。以今之觀昔，將來的人會不會也把我們今日反對墮胎合法化的理由，同樣看成笑話一樁來談論呢？

其實，即使墮胎並未合法化，性也依然氾濫，道德也依舊淪喪。但什麼叫作『性氾濫』？讓婦女無負擔的自由享受性生活就一定叫性氾濫嗎？脫下道德的眼鏡來看，享受性愛的愉悅真有這麼的不堪嗎？當享受性愛而不慎懷孕時，有必要需用到刑法來威嚇這些婦女嗎？

事實上，如果反對性氾濫，應該是透過完善的性教育讓青少年有健康的性觀念，才是真正有效的方法，而不是一味的扣上道德的大帽子壓制它。且讓我們看看瑞典的經驗，成功的性教育讓該國未成年少女懷孕生產的情況近乎零⁹¹。在臺灣，估計每年約有超過三萬的未婚少女懷孕，這當中有 67.9%會選擇墮胎，而因為優生保健法規定，未婚之未成年人要施行人工流產，應得法定代理人之同意，因此這些未婚少女找密醫解決問題的比例是找合法醫師的三倍⁹²。兩者相較，道德和法律的壓迫與成功的性教育，何者對這些青少年的身體、健康及人生較有幫助，應是不辯自明了。

宗教人士基於不殺生而反對墮胎，當然有其立場與理由，但從宗教理論來看，吃肉也是一種殺生，為什麼不立法禁止人們宰殺雞鴨牛羊呢。如果不能立法禁止殺生食肉，那為什麼立法禁止墮胎？眾生平等，胎兒與畜牲佛性同一。這是否與傳統不尊重婦女身體自主權同出一轍。因此，宗教人士強力反對墮胎行為，絕對有理，我們也可理解及支持，但反對墮胎在法律上合法化則又是另一回事了。對婦女身體自由權的壓迫，即使

⁹¹ 詳見中國時報，91年3月18日，37版。

⁹² 詳見中國時報，92年2月27日，13版。

以道德訴求來包裝，也並不能因此而獲得其正當性。

當然，贊成墮胎合法化並不就是等同於贊成墮胎，更絕不是鼓勵墮胎，墮胎合法化只是在既成事實已發生之後，讓婦女能合法得到較安全合理的醫療幫助而已，並不是要鼓勵墮胎。如果今天我們因為反對墮胎而贊成立法禁止墮胎，那明天我們當然也有理由因為反對酗酒而贊成立法禁止喝酒了。且讓「上帝的歸上帝，凱撒的歸凱撒。」也讓「道德的歸道德，法律的歸法律。⁹³」吧！

再說，嚴刑峻法似乎也無法禁絕墮胎，這一點我們在前一章關於墮胎罪的歷史沿革中已有很明顯的例子⁹⁴。因為，墮胎係涉及人性深處的決定，對此一決定，刑法的警告其實很少產生影響。因此，不管刑法的規定如何，對於是否要墮胎的決定其影響極微。但就像前面所說的，如果墮胎不合法，一般合格醫師不願自尋煩惱，人們只好在見不得人的陋巷裡，找一些未受專業訓練或地下密醫來為其實施墮胎，這樣的墮胎過程對母體的危險性只會有增無減，結果造成對婦女身心更嚴重之傷害。同時，刑法的制裁更使婦女不敢尋求合法的諮詢，進而導致社會救助及諮詢措施的失能。如此，從國家保護人民生命身體的功能來說，這反而是一種國家機器的失職。

事實上，將有過墮胎行為者與無經驗者拿來比較，兩者對墮胎違法的認知，實際上毫無顯著差異可言，知不知道墮胎是違犯法律的行為，根本不影響有偶婦女的墮胎行為⁹⁵。墮胎率之

⁹³ 依循康德哲學，法與道德應嚴予區分，犯罪非違反道德，而係違犯法，對於他人權利之侵害。參見甘添貴著，刑法之重要理念，瑞興圖書公司，85年6月，初版，4頁。

⁹⁴ 在很多地區，即使墮胎尚未合法化時期，婦女如果想要終止非預期的懷孕，就已相當普遍地訴諸這種非法的行為了。

⁹⁵ 參見李美玲陳文玲著，墮胎合法化前台灣地區婦女墮胎實施狀況，公共

高低，與法之寬嚴也無絕對的關聯⁹⁶。從過去英國實施墮胎法案的經驗來看，在法案通過施行後，最初兩年好像人工流產數有增加的樣子，但此乃過去非法施行人工流產者，現在因為合法化而化暗為明的結果，此後實施多年來，人工流產數一直很穩定，並未有明顯的增加⁹⁷。可見，墮胎合法化並不會就導致墮胎泛濫。因為在決定是否墮胎之時，婦女內心的猶豫掙扎，法律其實只是佔一個極小的位置，惟有當真要考慮去那裡施行手術時，法律才是被考慮的一個因素。

其實，不管墮胎合法或不合法，長久以來社會的發展，人們都已經信賴在非計劃中的性行為或避孕失敗時，可以藉由墮胎來加以補救，即使在強烈信奉天主教的國家亦是如此。因此，由經驗我們知道，墮胎合法化對墮胎的發生或流行水準等數量方面的增加，不會有衝擊性的影響，但是對墮胎實施的品質的提高，則應該是可以預見的。如果把婦女墮胎行為的發生視為一種需求與供給的配合，在台灣，優生保健法實施前後的最大影響，主要還是在於墮胎「供給面」的方面，「需要面」在合法前後相差並不大⁹⁸。墮胎合法化讓公立醫院、診所以及設備較佳的大型醫院也開始提供墮胎服務，不僅增加了服務供給面，而且更把墮胎由後街小巷帶到公家注意得到的安全處所來實施，這是極為正面的影響。

一項行為，刑法應否加以干涉，應視該項行為對社會生活

衛生，第十三卷第二期，191 頁。

⁹⁶ 參見孫遠釗著，墮胎罪之研究，刑事法雜誌，第 25 卷第 4 期，70 年 8 月，40 頁。

⁹⁷ 參見陳昭德著，優生保健法實施一年之回顧與展望，醫事法學，第一卷第五、六期，75 年，82 頁。

⁹⁸ 參見李美玲陳文玲著，墮胎合法化前台灣地區婦女墮胎實施狀況，公共衛生，第十三卷第二期，191 頁至 192 頁。

秩序的侵害程度如何而定，亦即在法律上有無需具體保護的法益存在，否則，寧可變換其他社會統制的手段，措刑不用⁹⁹。尤其，現今社會大眾對墮胎行為的非價判斷及非難性已大幅降低，當國民在意識上已不認為墮胎是一種應予處罰之行為時，再用刑法上之墮胎罪來威嚇民眾，實在是有點奇怪，亟需作重大之變革¹⁰⁰。

第四項 墮胎問題本質上是個宗教問題

歲月更替，歷史幾度興革，但是墮胎問題經過了數百年的爭論，依然紛紛擾擾，糾纏不休。

贊成墮胎者與反對墮胎者雙方的爭執，其實就像德沃金（Ronald Dworkin）在其著作『生命的自主權（Life's Dominion）』一書中所說的：「墮胎的爭議，其實就是要你回答一個極端的問題：胎兒是不是從受孕那一刻起就是個具有權利和利益的無助小孩？」「其中一方認為，從受孕那一刻起，人類胎兒就已經是個道德主體了，另一方則認為，剛受孕的胎兒不過是個細胞集合，聽命於基因密碼，沒有大腦在指揮，也還不是個小孩，就像一顆剛受孕的蛋，也還不是一隻雞¹⁰¹。」

仔細審視贊成墮胎與反對墮胎之雙方角力的觀點後，德沃金一針見血的指出，有關墮胎的關鍵問題其實不在胎兒是否是個人，不在胎兒的權利和利益，而是在尊重人類生命的內在價

⁹⁹ 參見林憲同著，墮胎合法化之立法問題，刑事法雜誌，第 17 卷第 6 期，12 頁。

¹⁰⁰ 參見蔡墩銘著，刑法精義，翰蘆出版公司，1999 年 11 月，一版，591 頁。

¹⁰¹ 參見 Ronald Dworkin 著，郭貞伶、陳雅汝譯，生命的自主權（Life's Dominion），商周出版，2002 年 9 月，初版，14 頁至 15 頁。

值¹⁰²。

事實上，認為胎兒從受孕起就有自己的權利和利益，尤其是具有不被摧毀的利益這個想法，實在是沒什麼道理的。正如自由女性者所舉的例子，一粒橡實雖然很有可能發展成一棵橡樹，但絕不能說橡樹種子就是一棵橡樹。當然也不能否認，胚胎成功著床並發育出原始胎塊時，這個人類胚胎已是一個活生生、可辨別的有機體。但是，這只是個生物性的存在狀態，由這些生物性事實並無法就因此推論出胎兒就具有權利與利益。因為除非某物具有或已經有某種形式的意識，也就是某種心智及肉體的生命，否則假設某物有自己的利益是沒有意義的，一個擁有權利和利益的人應是一個有位格的生物¹⁰³。

一般主張生命權而反對墮胎的人，除了極端的絕對反對墮胎者¹⁰⁴外，大概也都能接受和容許為了挽救母親生命的情況下所施行的墮胎。可是，這樣的例外豈不是和胎兒具有生命權的信念相矛盾。另外，如果婦女懷了一個重大畸形或無腦的胎兒，我們通常也都會認可這個孕婦作墮胎的決定，那麼，是否允許墮胎的重點顯然並不在胎兒的權利與利益了。因為如允許以優生保健的原因而墮胎，難道這些「不優（不健康）」的胚

¹⁰² 德沃金將反對墮胎的觀點歸納成兩種，一個主張認為，胎兒從受孕開始就有自己的權利和利益，因此墮胎就是殺人，這是對墮胎的衍生性反對（*derivative objection*），另一個主張認為，人類生命具有與生俱來內在的價值，人類生命本身就是神聖的，這是對墮胎的超然性反對（*detached objection*）。經德沃金精彩的論證，顯然，墮胎之所以是罪惡被反對，是因為人類生命是神聖的，反對墮胎是出諸於對墮胎的超然性反對。參見 Ronald Dworkin 著，郭貞伶、陳雅汝譯，*生命的自主權*（*Life's Dominion*），商周出版，2002年9月，初版，第一章到第六章。

¹⁰³ 此為德國學者 Norbert Hoerster 之見解。轉引自陳愛娥著，*憲法對未出生胎兒的保護*，政大法學評論，第58期，86年12月，74頁。

¹⁰⁴ 絕對反對墮胎的人士主張，在任何情況下都不可以墮胎。

胎就沒有生命權？並且，在一般觀念中都認為，和早期流產相比，在妊娠晚期才遭到墮胎或流產是更加糟糕的事。但如果胎兒從受孕起就已擁有自己的權利和利益，那早期胎兒和晚期胎兒的權利與利益在法律上難道會有差別嗎？那麼為何大部份的人都還能接受早期的墮胎這一事實，這和生命的絕對保護，豈不互相矛盾。

從這些一般性的事實，我們可以恍然大悟，原來反對墮胎者之所以反對墮胎，並非是建立在胎兒具有生命權這個前提上。一般人之所以反對墮胎，真正內在的核心觀念，其實乃是因為『人類生命本身就是神聖的』，一旦人類的生物性生命開始，生命的神聖本質就存在了，即使生命本身還沒有開始運動、感覺、有自己的利益和權利。因此從受孕時起，胎兒就具有神聖的人類生命形式，此觀點並不包括胎兒具有自己的利益的意涵。德沃金將此稱為『對墮胎的超然性反對（detached objection）¹⁰⁵』。

因為大多數人對墮胎所持的觀念，其根本原則，其實是基於人類的生命是神聖的，所以即使是早期胚胎的生命，也都是不可侵犯的，這並無關權利與利益。就像我們那些躺在墓園中的祖先，其屍骨也是神聖不可侵犯的，它們也並無任何權利與利益。

是以，在討論墮胎問題時，把『胎兒是否是一個人』這個問題擺到一邊才是個明智的作法。即使從佛教所說的大生死流¹⁰⁶來看，人的生命本就是一直向死亡前進¹⁰⁷，生命從何時開始並

¹⁰⁵ 參見 Ronald Dworkin 著，郭貞伶、陳雅汝譯，生命的自主權（Life's Dominion），商周出版，2002年9月，初版，16頁。

¹⁰⁶ 據佛經勝鬘寶窟卷中末載，四種生死指：流來生死、分段生死、中間生死、變易生死。

¹⁰⁷ 生死學專家傅偉勳形容為：「人是向死的存在」。參見傅偉勳著，死亡的

不是重點，生命的死亡也不是重點，重要的是人類生命的神聖，重要的是對生命的尊重。

就像偉大的史懷哲所說的：『尊重生命』，尊重生命就是體認生命的尊嚴與可貴，並珍視生命，在生命之前抱持謙恭與畏敬之意¹⁰⁸。尊重生命的信念也不容許我視自己的幸福為私有，尊重生命的倫理加諸我們以無限而驚人的責任，我永遠不能只為自己的生命而生活，應該時時意識到其他的生命¹⁰⁹。因此，僅止為了婦女的生育自主權而毀掉胎兒的生命，顯然是不能被接受的。

如果我們對墮胎的核心觀念，正如上面所說的，是對人類神聖生命的尊重，是和人類生命內在的普遍價值有關，那麼這些贊成與反對墮胎的爭議顯然在本質是近似於宗教的，或者說，墮胎根本就是個道德與宗教的議題。但政府是否有憲法上的權力來決定人民必須尊重那一種內在的價值？政府對於人民在倫理與精神上的價值判斷，原不應置喙的，尤其是宗教問題。洛克（John Locke）在「論宗教寬容」中，即已明確提出政教分離的主張¹¹⁰。他指出，宗教信仰並非政府權限所及之公民利益，基於寬容原則，國家不應以法律制裁或武力迫使個人接受特定信仰或改變其既有信仰¹¹¹。

作為基本人權的宗教自由，其歷史可追溯到歐洲的宗教戰爭時期，可說是世界上最古老的人權之一。而今天，政教分離

尊嚴與生命的尊嚴，正中書局，2001年10月，9頁。

¹⁰⁸ 參見鍾肇政編譯，史懷哲傳，志文出版社，75年10月，再版，164頁。

¹⁰⁹ 參見史懷哲著，鄭泰安譯，文明的哲學，志文出版社，71年8月，再版，146頁至148頁。

¹¹⁰ 參見靳希平著，洛克，中華書局（香港），2000年6月，初版，133頁至142頁。

¹¹¹ 參見尤伯祥著，宗教自由之權利內涵研究，政治大學法律學系碩士論文，87年12月，50頁至67頁。

原則已是普遍為現代文明社會所確信接受的基本原則，在民主憲政國家中，都將宗教信仰之自由，載入憲法中，並規定為人民之基本權利¹¹²。

美國憲法中對於宗教自由的規定非常簡潔，僅在民權典章中第一條前半段規定：「國會不得制定法律以確立一種國教或禁止信教自由。」不過這個簡單的規定，卻建立了兩項最具涵蓋性的基本原則，其一是政教分離，其二是信仰及崇拜自由¹¹³。

德國基本法中對於宗教自由方面，最主要規定於基本法第四條第一項：「信仰自由、良心自由及宗教與世界觀的認同自由不可侵犯。」與第二項：「不受干擾之宗教活動應予保障¹¹⁴。」

日本憲法第二十條第一項前段規定：「任何人的宗教信仰自由，應予保障」。於此所謂宗教信仰自由，包含了信仰自由、宗教行為的自由、宗教結社自由。第二十條第一項後段規定：「任何宗教團體均不得從國家受有特權，也不得行使政治上權力。」同條第三項也規定：「國家及其機關不得從事宗教教育以及其他宗教活動。」這些規定，旨在禁止由國家接受特權的宗教，明示國家的宗教中立性¹¹⁵。

中華民國憲法第 7 條：『中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。』以及第 13 條：

¹¹² 參見李惠宗著，論宗教信仰自由及國家保護義務--評司法院大法官釋字第四九 號解釋，臺灣本土法學雜誌，第 5 期，民國 88 年 12 月，39 至 41 頁。

¹¹³ 參見荊知仁著，美國憲法與憲政，三民書局，73 年 8 月，初版，342 至 343 頁。

¹¹⁴ 參見顏厥安著，凱撒管得了上帝嗎？月旦法學雜誌，第 24 期，民國 86 年 5 月，34 頁。

¹¹⁵ 參見蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，月旦出版社，1997 年 5 月，一版，153 頁至 157 頁。

「人民有信仰宗教之自由。」也都是有關宗教自由的規定，大法官在釋字第四六〇號¹¹⁶及釋字第四九〇號¹¹⁷解釋中，更兩次申明此點。

我國憲法上所保障之宗教自由，一則為宗教之平等，一則為信仰宗教之自由。前者謂：「國家對於信仰任何宗教之人，法律應予平等之待遇」，後者謂：「任何人信仰宗教或不信仰宗教，國家不得干涉¹¹⁸。」這也就是政教分離原則。政教分離要求國家不得設立國教，亦不得透過國家公權力(例如以教育制度)的強制灌輸特定傾向之宗教觀點¹¹⁹。因為靈魂之拯救與生命之本然，乃世俗之國家權限所不可及之事務，信仰更是人內心之精神活動，尤非國家所得依法律而逕行限制或取締者¹²⁰。此種自由涉及個人內心對人與宇宙之關係、人類生命之由來及其去處之精神思維，完全屬個人之自由，應儘可能地免於他人與國家公權力之干涉¹²¹。

¹¹⁶ 釋字第 460 號：憲法第十三條規定：「人民有信仰宗教之自由。」係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由；國家亦不得對特定之宗教加以獎助或禁止，或基於人民之特定信仰為理由予以優待或不利益。

¹¹⁷ 釋字第 490 號：憲法第十三條規定：「人民有信仰宗教之自由。」係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由；國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰界予優待或不利益。

¹¹⁸ 參見劉清波者，保障宗教信仰自由之法理探索，法令月刊，第 37 卷第 3 期，民國 75 年 3 月，9 頁。

¹¹⁹ 參見李惠宗著，憲法要義，敦煌書局，1997 年 9 月，初版，147 頁。

¹²⁰ 參見李惠宗著，論宗教信仰自由及國家保護義務--評司法院大法官釋字第四九〇號解釋，臺灣本土法學雜誌第 5 期，民國 88 年 12 月，39 至 41 頁。

¹²¹ 參見李惠宗著，中華民國憲法概要，元照出版公司，2001 年 6 月，初版，75 頁至 76 頁。

任何人固然有信仰任何宗教的自由，當然，任何人也有不信仰任何宗教的自由，這就是宗教自由。對人類生命的尊重以及是否相信人類生命的神聖，顯然是和人類內在的普遍價值有關，根本上是形而上的，是人內心之精神活動，也是一種信仰，不管此人是無神論或有神論，也不管信或不信仰宗教。因此，依據政教分離原則，即使認為墮胎行為褻瀆了神而有罪，也不能言之成理的就將墮胎羅織入罪。

墮胎是否正當的問題，應該由懷有胎兒的婦女來作決定。其他人可以不表贊同，當然道德上他們也有權這麼作。但是國家還是不可以將其他人的道德信念強加在婦女身上，應該要讓婦女自己作決定¹²²。當然，婦女的這個權利並非是無限制的權利。因為，隨著時間的進展，胚胎會變成胎兒，而在某個時點開始具有潛在的生命利益¹²³。於是，在懷孕的特定時點之後，國家有保護「潛在生命的利益」的必要，這個時點，一般的見解都認為，是在胎兒達到於母體外有生存能力(viability)之時。德沃金主張，「在合理的關心之下，大約二十六週的分界應是個安全的界限。」但是依目前的醫療科技，本文認為二十四週毋寧是個較合理的分界點。

第五項 胎兒生命權保護之起點及限制

法律對生命的保障範圍及於人及胎兒，這應是沒有爭議的。我國憲法第二章雖未明示保障生命權與人性尊嚴，但此並不表示，國家即可放棄而不加以保障。因為該兩權利，係人類

¹²² 參見 Ronald Dworkin 著，郭貞伶、陳雅汝譯，生命的自主權 (Life's Dominion)，商周出版，2002年9月，初版，41頁。

¹²³ 但這並不意謂著，在這個時點，胎兒算是個人了。

固有之權利，為先於國家之存在，且不待形式憲法之規定而自明之原權，其屬於自然權，乃是憲法中不成文之基本權利¹²⁴。

有些人主張，胚胎和胎兒至少是有潛能成為一個人的生命體，是人類社會中比兒童還要無聲的弱勢，應該得到社會的尊重和保護¹²⁵。天主教、基督教福音派都持這種立場。但是，墮胎行為不僅止牽涉到胎兒生命權的問題，他也牽涉到孕婦本身之身體自由權的問題。在考慮墮胎問題時，胎兒生命權和孕婦身體自由權是無法兼顧的，若偏向胎兒生命權，則須犧牲身體自由權，若尊重身體自由權則無法兼顧胎兒生命權。因此，所能作的就是如何在兩者之間取得衡平。也就是說，只能在兩者中作出衡量與選擇。

基本上，如前節所主張，比較在不同的時期兩種法益孰輕孰重，而對懷孕的不同階段作不同的規定，恐怕是現實中立法上不得不爾的取捨。在早期妊娠時，墮胎的問題，應該由懷有胎兒的婦女自己來作決定。但當胎兒達到可脫離於母體之外，而具有獨立存活能力之時，胎兒已有潛在生命的利益，此時墮胎權應受到適度的限制較為妥適。

但有學者認為，生命是有『同一性』的，這個張三的生命從母親懷孕之初到出生，到成年，到老年，是同一個張三，同一個主體，同一個實體¹²⁶。同樣的，將胎兒的發展分割為不同的階段，顯然是武斷的，荒謬的，並沒有所謂的「某個時點」。胎兒的成長，也沒有一個可以分隔的時點。因為胎兒的

¹²⁴ 參見李震山著，從生命權與自決權之關係論生前預囑與安寧照護之法律問題，國立中正大學法學集刊，第二期，88年7月，331頁。

¹²⁵ 參見周一心著，人類胚幹細胞及胚母細胞的醫學倫理，路加雜誌，153期，90年11月，25頁。

¹²⁶ 參見孫振青著，倫理問題探索：論墮胎的道德性與合法性，東吳哲學傳習錄，第二號，82年5月，8頁。

成長乃是一個漸進的階段和過程¹²⁷，人類的受精卵在受精時，其直徑約為 0.1 至 0.2 公釐，在子宮內約 265 天期間，漸漸形成了擁有複雜器官、體長 50 公分、重約 3000 公克的個體，這是一個連續的過程¹²⁸，這期間，並沒有一個特殊的時點顯示，生命是從何時出現的。因此，把『胎兒是否是一個人』這個問題擺到一邊應是較明智的作法，把問題聚焦在胎兒生命權和孕婦身體自由權之間如何衡量，才是務實的作法。

在羅伊對威德案判決中，美國最高法院認為：「本院在此無須解決生命到底始於何時之難題，因為就人類目前的知識發展階段而言，當醫學、哲學、神學界的有識之士，尚且無法達成共識之際，司法部門亦不應對此項問題之答案擅加臆測。」Blackman 法官附帶著一個對胎體的法律解釋，就是在其第 3 條款中明確地提及「胎體不是人，不是人類，因此，憲法第 14 條修正案的民權不能引伸到還未生下來的胎體。」聯邦最高法院不認為胎體其有人的特性(personhood)。

依據現有之生物及生理學的認識，或許可以說生命在受精後第十四日已經存在。而自此開始的發展過程是一個連續的過程，不但沒有明確的轉折點，也無法對人類生命的發展階段做精確的界分，這個過程甚至也不因為出生而結束¹²⁹。因之，法律應從那一個時點開始保障胎兒的生命權？法律應從那一個階段開始干涉孕婦墮胎的自由權？相當難有定論。大概有五種主要的觀點¹³⁰，（1）從受孕一開始，（2）合子在子宮著床時，

¹²⁷ 參見 Judith Baer 著，官曉薇、高培桓譯，法律之前的女性，商周出版，2000 年 12 月，初版，282 頁。

¹²⁸ 參見「從人類誕生到文明的曙光」，牛頓雜誌，180 期，1998 年 5 月，76 頁至 93 頁。

¹²⁹ 甚至在出生後，人的生命本質仍然是一個持續的變動過程。

¹³⁰ 參見邱仁宗著，生死之間—道德難題與生命倫理，中華書局，1988 年 9

(3) 胎兒腦波出現時，(4) 母親覺胎動時，(5) 胎兒在母體外可獨立存活時起。

羅馬天主教會認為，生命始於受孕之時。但我們從現今之生物科技可了解，受精卵並不一定就會著床¹³¹，著床之後也不一定就會發育成一個正常的胚胎，它也可能會自然流產¹³²，甚至可能發育成水泡狀畸胎（Mole 即俗稱之葡萄胎）¹³³。此外，受精卵也有可能會分裂成同卵雙胞胎或多胞胎，因此，此時的受精卵並不具個別性。

地球上的生命出現於 38 億年前，人類大約在 500 萬年前和黑猩猩從共同的祖先分支而獨立發展出來¹³⁴，而現代人的共同祖先則可能是距今約 14 萬 3 千年前的一名非洲女性¹³⁵。再從胚胎學來研究，可以看到，在每一個胚胎的發育過程中，都將這 38 億年的演化史又重演了一次，這實在是一個很有趣的生物科學現象。所以，人類的胚胎在早期也有尾巴，到受精 9 週後，尾巴才消失。因此，在發育的早期，幾乎所有脊椎動物的胚胎看起來都是一樣的，你幾乎無法分辨那一個是人類的胚胎¹³⁶，更遑論人的特質了。在這個時候就要說，這個胚胎是一個人，顯然是有點牽強。

而依據古老的教會法，胎兒被賦與靈魂之時間，依男女而

月，初版，77 頁。

¹³¹ 約 20%。

¹³² 約 10%。

¹³³ 每 1000 次妊娠中約有 0.6 至 1.1 個。參見 Jonathan S. Berek et al : Novak's Gynecology, 12th ed. 1996, p1261.

¹³⁴ 參見張東君編譯，從受精到誕生的遙遠路程，牛頓雜誌，176 期，1998 年 1 月，102 頁至 115 頁。

¹³⁵ 詳見中國時報，91 年 12 月 14 日，9 版。

¹³⁶ 參見科學人，第 2 期，2002 年 4 月，9 頁，劉德祥回應讀者來信。

有不同，男性通常在懷孕後 40 天，女性則為 80 或 90 天¹³⁷。這種說法首見於亞里士多德的「History of animal」一書¹³⁸，後來聖多瑪斯接受此靈魂三分說，認為胚胎最初只有植物魂，接著發展出動物魂，最後才透過上帝的創造，在具有人形的當下¹³⁹，始有靈魂的進駐¹⁴⁰。寺院法承受此一 40 天及 80 天的看法，一直支配到十九世紀前之墮胎罪理論，而後才為「胎動說」所代替。但可疑問的是，遠古之世亞里士多德如何去確認腹中胎兒是男或女？

因此，另有學者主張，在胚胎已具有人的外形且出現神經功能時，生命才有道德上的涵義¹⁴¹。從胚胎的發育來看，人類胎兒，約在六、七個月大時，逐漸發展出理解語言的基本能力。大約到妊娠第七個月，胎兒會發展出讓他感覺到痛的神經基質。到八個月大時，腦部記憶中心海馬體的細胞已逐漸發育，此後，嬰兒即會對於特定的事物開始有所記憶了¹⁴²。

英國在 1976 年制定的法律，將可存活胎齡定在二十八週。但在之前的英國普通法（Common Law），對在開始胎動前的胎兒，並不以之為犯罪對象，換言之，普通法毫無疑義的，

¹³⁷ 參見張志明，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，88 年 6 月，71 頁。

¹³⁸ 亞里士多德認為最初的胚胎只是植物性的存在，後來是個動物，具有胎兒形式時才是人。參見邱仁宗著，生死之間—道德難題與生命倫理，中華書局，1988 年 9 月，初版，78 頁。

¹³⁹ 就像某些天主教神學家所說的：「除非已經具有人類形狀和器官，否則它無法體現出人類靈魂。」

¹⁴⁰ 參見陳文珊著，「墮胎不？墮胎！墮胎？不墮胎！」，新使者，64 期，2001 年 6 月，59 頁。

¹⁴¹ 參見嚴久元著，當代醫事倫理學，橘井文化公司，79 年 2 月，2 版，136 頁至 138 頁。

¹⁴² 參見黃經良編譯，腦—現在這裡最有趣，牛頓雜誌，164 期，1997 年 1 月，30 頁至 41 頁。

並不處罰胎動（quickenings）之前的墮胎行為¹⁴³。「胎動說」是普通法上墮胎罪理論的核心，源自早期哲學、神學、市民法和寺院法所發展出來的法律概念。也就是說，按照英國習慣法，胎動（Quickenings）之前的墮胎並不違法，英國是以「胎動」來界定胎體生命的開始。然胎動之說也難有一明確日期¹⁴⁴，以醫學來說，初產婦女，受孕大約 20 週才會感覺胎動，而經產婦（曾生產過之懷孕婦女）其胎動時間可能提早半個月，所以用胎動來界定胎體生命的開始，實務上有其困難¹⁴⁵，也不夠明確與統一，更不論其是否合理了。

美國聯邦最高法院認為，胎兒的生命權有必要給予保護，但婦女的身體自由權也必需給予保障。當然，婦女之自由亦非漫無限制，政府得於婦女懷孕初期即關切胎兒之生命，至於胎兒發育之後期，政府有權基於保護胎兒生命之目的，立法限制婦女終止懷孕。此一分界點，最高法院即認為：「此一分界點應當置於胎兒其有獨立存活能力之時，婦女有權於此一時間前選擇終止懷孕。」所謂『獨立存活能力』，實係胎兒在現實上，可能在婦女子宮外維持生命的時間起點，之後，此一第二生命已可獨立存在，從此可以在理性與公平上考量其生命權凌駕婦女之權利，而成為法律保護之對象。

因此，最高法院也承認，7 到 10 個月的胎體已發展具有成為人的『潛在生命』。這個「決定性」的時點後，胎兒也有生命力，即胎兒可認已有母體外的生命能力，此時各州禁止墮胎，自屬合理。故除為保護母體生命或健康之必要外，州得於

¹⁴³ 參見林憲同著，墮胎合法化之立法問題，刑事法雜誌，第 17 卷第 6 期，62 年 12 月，12 頁。

¹⁴⁴ 當然不能憑孕婦主觀的述說為法律上之依據，否則就太荒謬了。

¹⁴⁵ 參見王崇堯著，當代問題與基督教思想，永望文化公司，1992 年 1 月，初版，193。

胎兒具有生命力後禁止墮胎。而這個胎兒具有獨立存活能力之時點，通常是在懷孕第七個月(廿八週)，但也可能提早至廿四週。

那麼，要訂什麼期間算是『胎兒能夠存活』呢？對於胎兒尚不能獨立存活的期間，在美國最高法院就羅伊對威德案一案的判決中，所提出的三分期式架構原則，也等於承認妊娠前六個月內，婦女有權自由選擇是否墮胎。我國優生保健法施行細則第十五條所定的期限，『妊娠二十四週內』，這應該算是個很適當的分界點。

以現今的醫療科技，對於一個妊娠超過二十四週早產的嬰兒，在精緻的醫療照護之下，是有相當大之存活機會的。當他躺在保溫箱中時，雖然仍要依賴各種醫療儀器才能維持生命，但應該不會有人否認，他已是一個存活於這世界的獨立生命。甚至，與一個躺在加護病房全身插滿儀器的成人相較，他的生命力也絕不會遜色的。對於一個躺在加護病房急救的人，生命再垂危，甚至已無自主性呼吸，我們也絕不會否定他身為一個『人』的地位，則對於躺在保溫箱中的這一個二十四週的小嬰兒，我們當然更不能否定他身為一個『人』的地位。

這一個妊娠二十四週即早產的嬰兒，與尚安穩的保育在母體子宮中的胎兒比較，他們兩者的生命力應是一樣不分軒輊的，所差只是，一個已出生為『人』，一個為尚在子宮中的『胎兒』。對於這一已早產為人的生命，我們給予絕對的保護，那麼，對於一個已具有著同樣生命力的胎兒，給予適度的生命權之保護應該也是合理的。因此，以妊娠二十四週為胎兒生命權保護之起點，實在是個很合理的推論。

縱觀世界各國，除了全盤墮胎合法化的國家之外，也有些國家是採條件式的，也就是將部份墮胎合法化。我們可以說，墮胎合法化已是世界各國一致的趨勢了，縱有爭論，也只是合

法墮胎之理由及其範圍而已。那麼對於這些範圍及限制，我們從墮胎罪之近代立法例，可以看到，允許墮胎的事由大致有（1）基於優生學上之事由者，（2）基於醫學上之事由者，（3）基於社會、經濟上之事由者，（4）基於倫理上之事由者。其中，優生、保健和因姦致孕者應許墮胎，已被立法例共同接受，至於經濟理由或依社會理由墮胎者，則尚有爭議。

目前美國生育保健診所或醫院所作的墮胎中，要求墮胎的主要原因可歸納為下列幾項：1、醫療性--顧及孕婦生命安全的墮胎，2、優生性--對先天遺傳畸型兒的墮胎，3、倫理性--對被強暴者而懷孕的墮胎，4、經濟性--子女眾多不勝負荷及養育的墮胎，及5、婦女自身選擇的墮胎等等¹⁴⁶。

這和我國優生保健法的第九條第一項所規定之六款允許墮胎的條件剛好吻合，其中第一款及第二款乃係基於優生學的理由，第三款及第四款乃是基於醫學的理由，第五款乃是基於犯罪倫理學的理由，第六款乃是基於社會及經濟上的理由。這也顯示出，我國在立法趨勢上，和各先進國家的考慮是一樣的，堪稱允當。

不過，雖然在優生保健法實施後，今日在台灣，幾乎大部分的人工流產都可阻卻違法。但我們絕不能由此即推論出，依該法婦女已擁有「墮胎自由權」或「生育自由權」¹⁴⁷，所以台灣是個墮胎自由化的國家了。因為，依法論法，刑法是刑事法的基本法，按照目前我國刑法的規定，台灣原則上還是個禁止墮胎的國家，墮胎在台灣並未除罪化，只是在優生保健法的規

¹⁴⁶ 參見王崇堯著，當代問題與基督教思想，永望文化公司，1992年1月，初版，194。

¹⁴⁷ 參見王澤鑑著，侵權行為法第一冊，自刊，1998年9月，初版，161頁至162頁。

範下，例外的允許墮胎¹⁴⁸。

可是在優生保健法的第九條第六款中規定，「因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者」，亦得實施人工流產，依如此鬆散之規定，幾乎所有有意進行墮胎的人只要按照遊戲規則幾乎都可合法墮胎，造成了原則是少數，絕大部份是例外之奇特現象，形成法律與政策的精神分裂，也顯示出法律與政策之矛盾。而此種立法方式，也已有許多學者為文批評及詬病。

第六項 小 結

人類生命是在何時才獲得權利與利益？人類的生命從何時開始具有內在價值？胎兒是一個具有權利與利益的人嗎？如果是，它比懷孕婦女的權利與利益優先嗎？

或許，在赫胥黎所描寫的「美麗新世界」實現之後，人類生殖這件古老的工作，都已由機器代勞，不必再經由母親子宮時，墮胎就不會再是個問題了。但在這之前，墮胎這件事，現在正發生著，將來也仍然會再發生，『已有的事後必再有，已行的事後必再行，太陽底下並無新事。¹⁴⁹』

雖然，我們無法完全贊同像婦女解放運動者所提出的：「子宮是我的（My womb belongs to me）¹⁵⁰」，但我們不能不承認，嚴格禁止墮胎禁錮了婦女之身體與心靈自由，甚至可能

¹⁴⁸ 阻卻違法事由是對法律所禁止的事項，例外的加以合法化，如正當防衛殺人，例外被評價為不違法，並不表示禁止殺人的規範可以被忽視。參見林東茂著，一個知識論上的刑法學思考，五南圖書公司，90年7月，二版，121頁。

¹⁴⁹ 語出自聖經『傳道書』第一章第九節。

¹⁵⁰ 參見 Susan Alice Watkins 著，朱侃如譯，女性主義（FEMINISM），立緒文化公司，88年6月，二版，127頁。

強制地干擾了婦女對自己生命的規劃，何況我們也不能否認，反對墮胎除了道德與宗教的理由外，更殘存著父權主義的幽魂。可是，我們也不能一味地否定胎兒也有他的生命權，胎兒難道只是子宮中的一團肉嗎？胎兒因為不具人的位格¹⁵¹，或許還不能稱作有權利的『人』，但他也因而不具有『生命權』嗎？每次，當我為孕婦作超音波檢查時，看到螢光幕上胎兒奮力的扭動身體甚至吸吮手指頭，目視胎兒心臟充滿節奏感的跳動著，甚或從 Doppler 中可以聽到洋溢著生命力的胎兒心博聲，我總疑惑著，這不是生命嗎？

我不禁要問，在積極主張婦女身體自由的同時，胎兒的生命權是否也就無聲的被剝奪了。個人自由的極致，是否包含對其他生命的傷害？

但是，即便認可胎兒是個『潛在的生命』，但胎兒的生命權就一定凌駕婦女的身體權嗎？剝奪胎兒的生命若是不道德的，那剝奪婦女的身體自主權又有多少正當性可言？何況，不管從那個角度談起，胎兒縱使是個潛在的人，但他終究還不是個『人』。我想，即使有所羅門王的智慧，恐怕也無法簡單的解答這些問題吧。

如果，大多數的民眾都早已能心平氣和的看待早期的人工流產；如果，一個孕婦懷孕失敗而小產了，我們只是為孕婦惋惜，而不是驚傷於生命的流逝；當一個妊婦因懷有重度畸形胎兒而必須中絕妊娠時，我們會把問題攤在檯面上斟酌討論。顯然，墮胎議題所牽涉的並不是胎兒生命權的問題，因為生命權是不會容許討價還價的，生命權應該受到絕對的保護。由此，我們可以了解，墮胎議題的核心問題其實是生命的神聖本質，

¹⁵¹ 就像學者麥克杜立（Michael Tooley）所主張的，位格除了意識和自覺外，尚須加上自由選擇的能力

所以不必討論胎兒是否算是個『人』，也不須考慮胎兒是否具有權利與利益，基於『尊重生命』的原則，我們本即應該嚴肅的面對墮胎。但從另一個角度來看，也正因為考慮生命的神聖本質，是否也應讓每一個新的生命都是在歡欣與期待之下誕生，因此，阻止非預期的胎兒降生，毋寧也是女性另一種對自我生命負責的態度。

既然，我們對墮胎的核心觀念，是對人類神聖生命的尊重，是和人類生命內在的普遍價值有關，那麼，墮胎的爭議顯然在本質上是個道德與宗教的議題，是俗世國家權限所不可及之事務，非國家所得依法律限制或取締者，乃屬個人之自由，因此，應儘可能地免於他人與國家公權力之干涉。墮胎或許是不道德的，但法律絕不是道德的最高標準。正如羅伊案主筆的大法官布來克門所說：「道德與法律雖有互相交錯之處，但二者不能混為一談¹⁵²。」也正如法學巨擘哈特（Hart）在其『The Concept of Law』一書中所指出的，法律概念是道德上中立的¹⁵³，因此，道德絕不能拿來作法律的標準。墮胎是否正當的問題，就讓婦女自己作決定吧。何況，把道德宗教上的責任只壓迫在女性身上，又有多少正當性可言¹⁵⁴。

再考慮一下，包裝在高貴宗教情操下的反墮胎主張，實質

¹⁵² 參見桂裕著，美國最高法院對於墮胎問題之判例，法令月刊，第 33 卷第 12 期，71 年 12 月，369 頁。

¹⁵³ 參見 H. L. A. Hart 著，許家馨、李冠宜譯，法律的概念（The Concept of Law），商周出版，2000 年 7 月，初版，204 頁至 266 頁。

¹⁵⁴ 許多婦女墮胎後，終其一生總伴隨著愧咎感與罪惡感，這當中，宗教所施加的「血池」、「無間地獄」、「硫磺地獄」的咀咒，我想應是佔主要的因素。相對的，在墮胎自由化的美國，醫學報告顯示，墮胎對大部分女性而言，並不會造成短期或長期的心理不良反應。參見 June M. Reiniss 著，王瑞琪等譯，新金賽性學報告，張老師出版社，81 年 10 月，初版，589 頁。

上卻已經對婦女的身體與心靈劃下了多少殘酷的傷痕¹⁵⁵。張起慈悲與尊重生命的大纛，高倡維護胎兒的生命權，但對於婦女因不能合法墮胎而招致的悲慘命運卻完全視若無睹，那麼，這種慈悲與尊重生命只能說近於偽善。

且讓法律的就歸法律吧，生命權既不是絕對的，又何以不能將婦女的身體自主權拿來和胎兒的生命權權衡？而胎兒的生命權在何時開始受到法律的保護才是適當的？問題既然如此普遍的存在著，法律當然不能規避不去面對這些事實。

既然社會上大多數人都已對墮胎行為不再給予非價判斷，當國民在意識上已不認為墮胎是一種應予處罰之行為時，現今刑法墮胎罪的規定就顯得有點突兀了。顯然，法律是與社會的脈動脫節了。況且，法律也需要與現實配合，阻止墮胎合法化，事實上並不能阻止墮胎，反而使成千上萬的婦女把健康甚至生命葬送在非法墮胎的密醫手中。站在生命保護的立場，國家對於這些需要墮胎的婦女是否也有著不可推卸的責任。再如前文已討論的，收入低於貧困標準的婦女，遇到墮胎的機會，比年收入在二萬五千美元以上的婦女高出三倍，如果嚴格限制墮胎權，受害的將只是那些貧窮的婦女。

因此，看似公平的法律，其實並不一定就真的就合乎公義，正如同 2002 年 11 月 25 日去世的自由主義政治哲學家羅爾斯（John Rawls）所說的，『坐視個人之間的命運差距，以多

¹⁵⁵ 一名 9 歲的尼加拉瓜女孩，在哥斯大黎加被人強暴後不幸懷孕，因為 9 歲女孩的子宮只有成年婦女的四分之一，勉強生產，母親和嬰兒都可能死亡，可是信奉天主教的哥國和尼國都禁止他墮胎。最後在婦女組織的安排之下，才在私人診所作了墮胎手術。但尼加拉瓜政府表示將起訴一千人等，天主教副主教更揚言要把這些人都逐出教會。詳見中國時報，92 年 2 月 24 日，10 版。在令人不敢逼視的宗教大纛之下，所提出之尊重生命的偉大情懷中，對該不幸女孩又幾曾有多少關懷、多少人道。

數為名迫害少數，都違反了正義。』一個法律的制定，若不考慮強者與弱者立足點的不平，而只一味以道德及法律加諸任何人，那不能算是公平，只是立法者的怠惰與權力的傲慢罷了。而這樣的刑法即使正義，也永遠只是相對正義的刑法¹⁵⁶。一個真正合乎公義的法律，應考慮了施行時城鄉的差距、階層的不平等、貧者與富者能力的不對等，才是真公平，才能說公義。尤其，台灣的貧富差距，近幾年正快速的攀升¹⁵⁷，我們更應該正視這一點。

馬丁路德·金 (Martin Luther King, Jr)¹⁵⁸ 在他著名的演講『我有一個夢 (I Have a Dream)』中說道：「我們把這些看作是不証自明的真理，一切人生來就是平等的。(We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal。)」所有的立法者與執法者都應記住這句話。

而墮胎合法化，可說已經是近代的立法趨勢，且為現時之世界潮流，縱有爭論也只是合法墮胎之理由及其範圍而已。當然，所謂之合法化，在程度上也有寬嚴之差別，各國刑法對於墮胎行為，有的國家是全面廢除墮胎罪的規定，有的僅係部分的排除墮胎之處罰予以阻卻違法。但是從法制上來說，與其全面禁止墮胎，法網過密，使國民難以遵循，不如順應上述近代

¹⁵⁶ 參見 Gustav Radbruch 著，王怡蘋、林宏濤譯，法學導論，商周出版，2000年9月，初版，138頁。

¹⁵⁷ 根據主計處（九十年度）的統計，台灣個人所得最高族群（前十分之一），其所得金額是最低族群（後十分之一）的六十一倍之多，這個倍數，在一年前近三十九倍，十年前僅為十九倍。過去四年來，只有所得水準在前五分之一的家庭，所得是逐年增加，其餘家庭的所得每年均呈下降趨勢。參見「一個台灣兩個世界」，刊於商業周刊，第800期，2003年3月24日，80頁至86頁。

¹⁵⁸ 美國黑人人權鬥士，生於1929年1月15日，於1968年4月4日被刺殺死亡。

立法潮流，將前文所討論之阻卻違法事由，納入法律體系，明確畫分合法墮胎與可罰性墮胎(犯罪墮胎)之範圍，使國民知所趨避，反而可收法網恢恢，疏而不漏之效。¹⁵⁹而揆諸台灣目前的各種情況，將墮胎行為全面予以合法化而採只管制部分的方式，應是較為允當的立法方向。

當然，贊成墮胎合法化並不就是表示贊成墮胎，更絕不是鼓勵墮胎。尊重生命固然是個普世的價值，且儘管我本人也不贊成墮胎甚至反對墮胎，但當已出生者和未出生者的利益相衝突時，我寧可偏向已生者，畢竟是已生者當下就要面對這個嚴酷的世界。就像 1975 年美國猶太教徒雙年會所說的：「母親的福祉是我們的首要考量。」我們不能只高張「絕對尊重生命」的大旗，禁止墮胎，卻把不幸拋給婦女獨自承擔，這已不僅止於偽善，更是不道德的、冷血的。

是的，我不贊成墮胎行為，但我也不贊成將墮胎行為刑罰化¹⁶⁰，我主張墮胎合法化。

¹⁵⁹ 參見蘇朝榮著，墮胎，是耶？非耶？，醫事法學，第一卷第五、六期，75 年，84 頁。

¹⁶⁰ 我始終認為，一個理性的社會，應能包容多元化的生活方式，也應該容忍對社會不具威脅之不同的價值觀、道德觀及信仰，法律更不應該去壓迫他。



第五章 我國刑法之墮胎罪

第一節 前 言

我國現行刑法就人之生命法益的保護，是從出生開始的，因此對於還在母體內尚未出生之胎兒，自無法適用殺人罪或傷害罪的條款來給予保護。但胎兒縱使不能說已具有完全之人格，至少不可否認其仍具有潛在未來之人格，應該也有提前予以保護的必要¹，所以，刑法特別在第二八八條至第二九二條，設置了墮胎罪一章，共五條文。

（一）第二百八十八條：「懷胎婦女服藥或以他法墮胎者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。

懷胎婦女聽從他人墮胎者，亦同。

因疾病或其他防止生命上危險之必要，而犯前二項之罪者，免除其刑。」

（二）第二百八十九條：「受懷胎婦女之囑託或得其承諾，而使之墮胎者，處二年以下有期徒刑。

因而致婦女於死者，處六月以上五年以下有期徒刑。致重傷者，處三年以下有期徒刑。」

（三）第二百九十條：「意圖營利，而犯前條第一項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金。

因而致婦女於死者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金，致重傷者，處一年以上七年以下有期

¹ 參見蔡墩銘著，刑法各論，三民書局，90年10月，修訂四版，48頁。

徒刑，得併科五百元以下罰金。」

（四）第二百九十一條：「未受懷胎婦女之囑託或未得其承諾，而使之墮胎者，處一年以上七年以下有期徒刑。

因而致婦女於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。

第一項之未遂犯罰之。」

（五）第二百九十二條：「以文字、圖畫或他法，公然介紹墮胎之方法或物品，或公然介紹自己或他人為墮胎之行為者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」

從以上這些墮胎罪章中的各條規定，可見因處罰墮胎行為之目的不同，刑法乃設各種不同之墮胎罪。依其犯罪類形，可大概再分別為：（1）婦女自行墮胎罪（第二百八十八條一項）（2）婦女聽從墮胎罪（第二百八十八條二項）（3）加工墮胎罪（第二百八十九條）亦稱他人為孕婦墮胎罪（4）圖利加工墮胎罪（第二百九十條）亦稱意圖營利為孕婦墮胎罪（5）未受囑託或未得承諾墮胎罪（第二百九十一條）亦稱未得孕婦同意之墮胎罪（6）公然介紹墮胎罪（第二百九十二條）等六種態樣之處罰規定。

其中，第二百八十八條第三項定有阻卻刑罰(免除其刑)之規定，且同條第一項之自行墮胎罪及第二項之聽從墮胎罪之罪責比諸本章其他條文最輕，處罰亦然。而由法條上看，基本上以「孕婦自行或聽從墮胎罪」為基本犯罪類型，再加上加重類型的「加工墮胎罪」、「圖利加工墮胎罪」及「未受囑託或未得承諾墮胎罪」，而「公然介紹墮胎罪」則為墮胎罪之補充類型。

墮胎行為，可由第三人為之，亦可由孕婦本人為之，前者是參與墮胎罪，後者稱為自行墮胎罪。在刑法殺人罪中，以處

罰他人之加害行為為限，並不處罰本人之自殺行為；然而在墮胎罪中，由於法律所保護之客體，主要是胎兒之生命法益²，其次才及孕婦之生命和健康，故即使是自行墮胎，亦不能不處罰，因此本章規定有自行墮胎罪或聽從墮胎罪。

通常發生之墮胎行為，大部分的情況，都是懷胎婦女囑託他人為其墮胎，此時，懷胎婦女成立自行或聽從墮胎罪，而為其墮胎之他人則成立加工墮胎罪或圖利加工墮胎罪³。

整章墮胎罪只處罰故意行為並不及於過失行為，且除了第二百九十一條第一項「未得孕婦同意加工墮胎罪」之重罪有處罰未遂犯之規定外，原則上墮胎罪皆不處罰未遂犯，須以達於既遂程度始以之為罪。且本章之罪為即成犯⁴，祇要具備構成要件，罪即成立，故除第二百九十一條之外，本章之罪本無考慮既遂、未遂之可言。本章各罪亦無處罰預備陰謀犯之規定，故預備或陰謀使他人墮胎，應不為罪。

本章其他之罪皆無處罰未遂犯之規定，只有第二百九十一條之使人墮胎罪例外處罰未遂犯，這並不是因為我國立法例採取早產說之故，而是因為刑法第二百九十一條第一項之罪的可非難性較其他類型為重⁵。而特設第二百九十二條公然介紹墮胎罪，係鑒於該種行為容易誘惑婦女墮胎，在民國 24 年刑法第二

² 參見林山田著，論殺人罪與墮胎罪，中興法學，13 期，67 年 4 月，210 頁。

³ 由於懷胎婦女與為其墮胎之他人兩者之間利害關係一致，因此墮胎行為往往也就成為「犯罪黑數」。參見林山田著，論殺人罪與墮胎罪，中興法學，13 期，67 年 4 月，209 頁。

⁴ 參見甘添貴著，體系刑法各論第一卷，自刊，1999 年 9 月，初版，147 頁。

⁵ 參見楊永成著，墮胎罪與優生保健法，刑事法雜誌，第 31 卷第 6 期，76 年 12 月，60 頁。

次修正時特別增入⁶。

第二節 墮胎罪所保護之法益

墮胎罪是以中絕妊娠為侵害法益行為，並以之做為可罰性之基礎。唯墮胎罪之保護法益究竟為何？現代刑法固都以墮胎為侵害個人法益之罪，將它列在殺人罪及傷害罪之後。但是，墮胎罪的保護法益實是非常複雜的。

墮胎罪立法之理由及其法律基礎，視所保護之法益而不同。不過，墮胎罪所保護的客體，究為胎兒的生命法益或為母體的健康法益，學說上並非沒有爭議。因為未出生的胎兒仍孕育於母親體內，是以，對胎兒所作的任何侵害行為必然同時也波及母體造成傷害。因此，墮胎罪之訂定，除了為保護胎兒之安全及生存之外，是否也應兼顧及孕婦本身之身體法益？在學理上仍多所爭論。

在各國立法實務上，其著眼點也各有不同⁷，大致可區分為下列四種學說⁸：

（一）殺害胎兒說：此說認為墮胎罪所要保護之法益為胎兒生命，故墮胎乃係侵害胎兒生命之犯罪。依此說則必將胎兒殺死於母體內，或因墮胎之結果致死產者，始構成墮胎之既遂。德國法採之。

（二）早產說（又稱危害胎兒說）：認為墮胎罪所要保護之法益為胎兒生命之安全，故祇要有侵害胎兒生命之危險者，

⁶ 參照立法院民國 24 年立法理由說明。

⁷ 參見林憲同著，墮胎合法化之立法問題，刑事法雜誌，第 17 卷第 6 期，62 年 12 月，11 頁。

⁸ 參見孫遠釗著，墮胎罪之研究，刑事法雜誌，第 25 卷第 4 期，70 年 8 月，27 頁。

即為墮胎既遂。故只要有使胎兒早產之行為，即認為成立墮胎罪，至於胎兒脫離母體後是否仍舊生存，在所不問。法國法採之，日本採之，義大利亦同。

（三）孕婦身體安全說：認為胎兒還不能算為『人』，所以不能成為刑法所保護法益之主體。因此，墮胎罪所要保護者，應是母體本身之生命、身體的安全。然而，法益並不一定必須有一個主體，刑法中除墮胎罪外，尚多有保護無主體之法益者，故本說在學說上較少被採用。

（四）胎兒與孕婦安全說：認為墮胎罪所要保護之法益為胎兒與孕婦生命、身體之安全，本說實際等於折衷前二說。

國內學者大多以墮胎係「乖人道、損母體、侵公益、破壞社會之風俗秩序，且為保護胎兒生命、維護民族之健康及貫徹人口政策」⁹等為刑法墮胎罪之立法理由。也有學者認為，本罪之直接保護法益除了胎兒之生命，亦包括孕婦之生命與健康。從一般學者的見解，我們可了解，本罪設立之目的，不僅以保護胎兒、孕婦為限，尚及於道德風俗、人口政策等。因此，在討論墮胎罪之立法基礎時，考慮我國之國情及時代背景，當然不能只執著於胎兒和孕婦，尚須就道德風俗、國家，乃至胎兒之父親皆須作通盤之考量。而在國外，除了有以胎兒之生命、身體、以及母體之生命、身體之安全為本罪保護法益外，更有將國家列入本罪保護法益之範疇的。

因此，墮胎罪的保護法益實非常複雜，其包括數種法益¹⁰：

（一）既然自行墮胎和母親同意的墮胎都還是要處罰，因

⁹ 參見楊永成著，墮胎罪與優生保健法，刑事法雜誌，第31卷第6期，76年12月，60頁。

¹⁰ 參見前田雅英著，董璠輿譯，日本刑法各論，五南圖書公司，89年5月初版，58頁。

此，視胎兒為獨立的法益，而以胎兒的生命為墮胎罪主要的保護法益，這是不容置疑且較無爭議的。

（二）但亦不能否定，孕婦本身的身體及生命安全，也是法律所要保護的對象。所以，未經孕婦同意使之墮胎罪乃有較重之處罰。

（三）胎兒父親的利益也須考慮，這在前面所述的古代法中已見有規定；而新近的優生保健法中，有些人工流產須孕婦配偶的同意，也是本於此精神。

（四）最後，國家、社會的法益當然也不能不顧及。

而我國刑法墮胎罪，除了第二百九十二條公然介紹墮胎罪外，均以孕婦為主體，且依刑法立法理由之說明，我國刑法雖表面上係採前述之胎兒早產說，然再觀察我國刑法第二百八十九條第二項，第二百九十條第二項、第二百九十一條第二項，均規定因墮胎而致孕婦於死或重傷者，加重處罰犯罪人，且第二百八十八條第三項於孕婦及胎兒兩者法益不能兼顧時，孕婦墮胎得以免除其刑之規定，可知我國法例係採兼納胎兒與孕婦安全說，我國學界及實例上也都採此說。但，就我國刑法中有處罰自行墮胎罪以觀，胎兒與孕婦兩者間，顯然仍是以胎兒為較主要之保護客體。

因此，我國刑法墮胎罪之規定，其所保護之客體乃是母體內成長之胎兒，故墮胎罪所要保護的主要法益當然係胎兒生命、身體之安全¹¹，但墮胎行為往往同時也會造成懷胎婦女生命身體之危險，故墮胎罪之條款中也有以懷胎婦女之生命與身體健康為保護法益者。此外，尚兼及善良風俗、人口政策等等公法益，亦在保護之列¹²。

¹¹ 參見林山田著，刑法各罪論，自刊，2000年12月，二版，83頁。參見甘添貴著，體系刑法各論第一卷，自刊，1999年9月初版，147頁。

¹² 參見蘇朝榮著，墮胎合法化之探討，刑事法雜誌，第23卷第4期，68年

而胎兒之生命亦屬一身專屬法益，故各個胎兒受法律各別之保護，應分別獨立予以評價。因此，倘被害胎兒為數名，因其侵害之生命法益為數個，自應成立數罪¹³。所以墮胎罪之罪數，應以所造成的早產或胎死腹中之胎兒數目而定。也就是說，使單胞胎墮胎者，成立一罪，使雙胞胎墮胎者，成立二罪，依此類推。但仍須注意，也須行為人對多胞胎的事實有所認知者為限，才成立數罪，因墮胎罪須故意犯才能成立。而其墮胎行為係屬同一行為，因此應成立想像競合，從一重處斷（刑法第五十五條），還是成立一個墮胎罪。

第三節 墮胎行為

刑法墮胎罪之「墮胎行為」乃是：『以人為將胎兒殺死於母體中，或於未至自然分娩時期，以人為使之早產者。』提到墮胎，我們第一個直接想到的，一定是一般醫院診所施行的人工流產手術。但是墮胎的方法，除了正統醫療機構的流產手術外，其實在民間尚有各種五花八門千奇百怪的墮胎方法，而除了這些我們所熟悉的一般墮胎方法外，在 RU-486 發明之後，藥物流產手術乃是近時流行且方便的墮胎方法。因此，除了一般的墮胎行為外，我們特別對使用 RU-486 的藥物墮胎行為作個介紹。

8 月，36 頁。

¹³ 參見甘添貴著，體系刑法各論第一卷，自刊，1999 年 9 月初版，155 頁。

第一項 一般墮胎行為

於妊娠屆自然分娩期之前，用藥品或其他方法，造成胎兒脫離其母體，或將胎兒殺死於母體中之行為，即為墮胎行為。至於墮胎所使用之方法，並無限制，第二百八十八條上所說的服藥應屬例示。如果用其他方法，如強力毆擊腹部、故作不合常情之激烈運動以及傷害或自傷行為，只要能發生墮胎效果之一切方法均屬之。當然，在實務上所看到的墮胎行為，絕大多數都是在妊娠前期所施行的人工流產。

也就是說，不管用任何方法，只要造成下列兩種結果之一即是墮胎行為：（1）使胎兒於母體子宮中死亡。（2）使胎兒早產。

在第二種情況下，這時的胎兒大概都還很小，即使產下時雖有生命現象，但因為此時胎兒的發育尚未成熟，所以通常在產出後不久，很快即會死亡。此時也只是論以墮胎罪，並不致成立殺人罪，因刑法評價行為，應以行為侵害被害客體時，被害客體究屬胎兒抑屬人而定¹⁴。而如果胎兒於排出母體外後並未死亡，因已造成胎兒早產之結果，仍然屬墮胎既遂¹⁵，成立墮胎罪¹⁶。

另外，對於第一種情況，有學者主張，於母體中殺害胎

¹⁴ 參見林山田著，刑法各罪論，自刊，2000年12月，二版，87頁。

¹⁵ 但林山田認為「懷胎婦女自行墮胎使胎兒排出體外而未死亡，則屬本罪之未遂。」參見林山田著，刑法各罪論，自刊，2000年12月，二版，92頁。

¹⁶ 「墮胎之結果不必促使胎兒死亡，倘胎兒之生命不因墮胎而喪失，仍屬墮胎行為。」參見蔡墩銘著，刑法各論，三民書局，90年10月，修訂四版，51頁。

兒，尚須將胎兒排出母體之體外才成立墮胎既遂¹⁷。但是，顯而易見的，如果按照這種主張，必然會形成適用上之漏洞，蓋犯罪人可先將胎兒殺害於母體內，再由無意思聯絡之第三人（如婦產科醫師）施行引離母體之行為，以規避刑法之適用。因此，這種見解，並不可採。且未遂犯之定義乃：「行為人已著手犯罪行為之實行，未完全實現構成要件的結果。」¹⁸墮胎罪乃以保護胎兒之生命法益為主要目的，當胎兒已被殺害於母體內時，雖尚未將胎兒排出於母體之體外，但是胎兒之生命法益已經百分之百的被破壞且不可能回復，行為者剝奪胎兒生命之侵害目的已完成¹⁹，若還認為此時墮胎尚還未遂，毋乃失之太寬，更顯荒謬，完全失去墮胎罪保護胎兒生命法益之意義。所以，這種情形仍應屬犯罪既遂只是犯罪尚未終了罷了。固不可將「犯罪既遂」與「犯罪終了」混為一談²⁰。

是故，若要徹底保護胎兒，以臻本法之立法目的，「墮胎行為」應涵括：「使胎兒早產，不論其是否尚具有生命，或者將胎兒殺害於母體內，不問是否已將其引離母體。」即已既遂。也就是說，只要造成（1）使胎兒於母體子宮中死亡或（2）使胎兒早產之結果，即為墮胎既遂。

倘若在墮胎後，胎兒已產下，但仍有生命跡象尚存活的情況下，母親將其殺死，則可能成立墮胎罪與生母殺嬰罪（第二百七十四條）之牽連犯，從一重之生母殺嬰罪處斷²¹。至若由幫

¹⁷ 參見蔡墩銘著，刑法各論，三民書局，90年10月，修訂四版，53頁。

¹⁸ 參見張麗卿著，刑法總則理論與運用，神州圖書公司，2003年4月，二版，264頁。

¹⁹ 參見甘添貴著，體系刑法各論第一卷，自刊，1999年9月，初版，147頁。

²⁰ 「犯罪既遂」與「犯罪終了」兩個概念之區別，可參見林山田著，刑法通論上冊，自刊，1998年1月，六版，302頁。

²¹ 參見蔡墩銘著，刑法精義，翰蘆出版公司，1999年11月，一版，592

助墮胎之人或他人殺之，則可能成立殺人罪（第二百七十一條），而與墮胎罪併罰（第五十一條）。

另外，臨床上也常見，作過第一次人工流產手術後，尚須再作一次人工流產手術才能完全。對於此種情況，有學者認為，「對同一被害胎兒實施數次墮胎行為時，其侵害之法益固為同一被害胎兒個人生命之安全，惟須係對同一生命法益為一次性之侵害，方得評價為一罪，否則應就其侵害同一生命法益之次數，判斷應為幾罪。²²」

這可分為三種情形：

（一）胎兒在第一次墮胎手術時已死亡並被取出，但因為不完全流產或出血問題而須作第二次手術。此時，已無胎兒生命之存在，既無墮胎罪行為客體之存在，第二次之手術也就與法律上之墮胎行為無關，而只是個單純的醫療行為，固無關罪數之問題。

（二）第一次手術時墮胎失敗，在第二次手術才墮胎成功。此時，第一次之手術乃係墮胎未遂，但墮胎罪一章除了第二九一條第一項「未得孕婦同意加工」之重罪有處罰未遂犯之規定外，原則上皆不處罰未遂犯，且亦無處罰預備陰謀犯之規定，故此第一次墮胎手術，依罪刑法定原則應不為罪。只有第二次之手術，才可論以墮胎行為，因此，也無罪數之問題。

（三）也有些時候，孕婦已作過一次墮胎手術，但在第一次手術時，雖造成胎兒死亡，卻並未順利將死胎取出。這時，就需要再作一次人工流產手術才能完成。此種情況下，因為後一次手術的時候，胎兒已經死亡已係死胎，並非墮胎罪適格之行為客體，因之，單純就本次手術而論，自然也就無所謂墮胎

頁。

²² 參見甘添貴著，體系刑法各論第一卷，自刊，1999年9月初版，162頁。

行為不墮胎行為了，當然，也更無墮胎罪可言了。

當然，懷孕並不是每一次都會順利平安的，臨床上，也常見懷孕至一段期間之後，卻胎死腹中。這種情形，如果胎兒未續發自然排出，就需要藉助人工流產將死胎取出。此時，因為胎兒已經死亡並非墮胎罪適格之行為客體，因之也就無所謂墮胎行為，更無墮胎罪可言了。

再者，從廣義之『人』的概念來看，未出生之前的胎兒與出生後之人的關係，只是生命發展歷程中的兩個不同階段而已，因此，兩者間應具有法益保護之同一性²³。不過，墮胎行為與殺人行為雖然都同樣的侵害了生命法益，但其間當然仍有輕重不同的差別，墮胎罪所侵害的保護法益是胎兒之生命安全，殺人罪所侵害的保護法益是個人的生命安全，兩種罪還是有區別的。區別的關鍵點，簡單的說，就在於墮胎罪之行為客體為『胎兒』，普通殺人罪之行為客體則為『人』²⁴。

因此，如果在墮胎施行後，已造成胎兒在母體子宮內死亡，這時成立墮胎罪當無疑義。但是，如果墮胎行為只是造成胎兒早產，胎兒在墮出母體之時仍然存活著，這又有兩種可能情形：

（一）行為人並沒有再作任何動作，而胎兒於產下後不久即自然死亡，此時應仍構成墮胎罪，而不成立殺人罪。因為刑法評價一個行為時，應以行為侵害被害客體時，被害客體究屬胎兒抑屬人而定，也就是說，應依行為對於行為客體開始作用之時為準²⁵。

²³ 參見甘添貴著，體系刑法各論第一卷，自刊，1999年9月初版，157頁。

²⁴ 參見甘添貴著，人工流產與殺害胎兒，台灣本土法學，第19期，2001年2月，115頁。

²⁵ 參見林山田著，刑法各罪論，自刊，2000年12月，二版，88頁。

(二) 產下之胎兒未及死亡，仍有生命跡象，而由施行墮胎者將之殺害，這時胎兒既已生出，已屬業已開始新生命之『人』，所以此時成立殺人罪（第二百七十一條）。而如前面所討論的，胎兒排出母體外後雖未死亡，因已造成胎兒早產之結果，仍屬墮胎既遂，同時成立墮胎罪，而兩行為所侵害之法益不同，兩罪併罰（第五十一條）。

如果，這個墮胎又殺害者是孕婦本人，墮胎與殺嬰之間有牽連關係，則可能成立墮胎罪與生母殺嬰罪（第二百七十四條第一項）之牽連犯，應從一重（刑法第五十五條）之生母殺嬰罪處斷²⁶。

至於，如若產下之胎兒未及死亡，而是由另外之第三者將之殺害，則此時墮胎既遂，墮胎者成立墮胎罪，殺嬰者則另成立殺人罪。

第二項 藥物墮胎行為—RU486

自古以來，用於人工流產的方法，千奇百怪，無所不有。從原始的塞小石子至子宮內、喝符水到中醫的紅花藥²⁷或針灸²⁸等等，更遑論其他以殘虐婦女身體而冀求墮胎的各種奇招怪式了。至於用藥物墮胎，在中國古代醫書中、希臘及羅馬的文學中以及阿拉伯的醫藥論文中，都記載有墮胎的藥方²⁹。在資治通

²⁶ 參見蔡墩銘著，刑法精義，翰蘆出版公司，1999年11月，一版，592頁。

²⁷ 參見葉天士女科「胎死腹中」之方，有佛手散、決津煎、脫花煎，如未效再加紅花。

²⁸ 參見張淳著，婦人針方九集，知音出版社，82年3月，135頁至136頁。

²⁹ 參見 Susan Alice Watkins 著，朱侃如譯，女性主義（FEMINISM），立緒文化公司，88年6月，二版，156頁。

鑑中，即記述有西漢成帝時後宮使用墮胎藥的記錄，隋唐時的重要醫書，如孫思邈的『千金藥方』等也都收錄有「斷產方」等墮胎藥，宋元之後，各種墮胎藥在民間已普遍的被使用³⁰。至清代，甚至也開始有手術墮胎的臨床事實了³¹。但無論用什麼方法，即使是正規的傳統醫學方法（中醫、西醫、藏醫 等等），上述的這些方法，並沒有一種真能有墮胎之確效的，甚至反而還常常因而引致身體生命的危險，直至近代醫學發達後。

在現代醫學興起之後，才真正出現具有確效的人工流產方法，而這些方法也是五花八門，包括各種外科手術與藥物催產，如月經規則術、真空吸引術、子宮擴張術、子宮內藥物灌注法以及子宮切開術等等³²，但最常用且有確效的方法當推子宮擴張搔刮術（D&C）。在妊娠中期之後則有各種較繁雜的方法，如海草擴張法、重力擴張法、羊膜腔灌注法，甚至子宮切開術等。這些方法，從簡單的小手術到繁複而麻煩的操作，皆是以各種手術技法行之，事實上都不能稱之為簡單，而在某些手術中，甚至更有相當比例的致病率（morbidity）和死亡率（mortality），所以也談不上十分安全。

但在一個新藥 - RU486 出現之後，墮胎的歷史由此改觀，從此邁入了一個新的里程碑，口服的藥物墮胎方法就此風行，甚至可預期未來幾乎將整個取代早期的人工流產手術。

³⁰ 參見郭自力著，生物醫學的法律和倫理問題，北京大學出版社，2002年5月，第1版，299頁。

³¹ 參見劉后安著，論美國與台灣墮胎法律制度合憲性問題之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，88年6月，63頁。

³² 參見台灣省家庭計畫研究所印製，無聲的吶喊...避免不必要的人工流產，87年1月，11頁至12頁。

壹、RU486 之發明史

RU486 之歷史要從 1970 年說起，這一年，在法國 Roussel-Uclaf 藥廠 (Roussel-Uclaf, Romainville, France) 研究的一個科學家 Etienne-Emile Baulieu 醫師，發現了人體中的黃體接受器；十年後，他的同事 George Teatsch 在研發中的一個新藥 Ru38486 (後來簡稱為 RU486)，本是一種可體松的拮抗劑上，卻在實驗中發現該藥對黃體素也有拮抗作用，會競爭母體內黃體素的接受器，使母體黃體素無法作用在應作用的接受器。Etienne-Emile Baulieu 乃和日內瓦大學的 Walter Hermann 共同研究後，証實了 Ru38486 (或 Ru486) 確實可以用來作為流產之用，從此開啟了人工流產的一個新頁。

經過後續的一系列研究，對於 Ru486 的作用有了較進一步的了解。在整個妊娠過程中，黃體激素 (Progesterone) 是維持人類懷孕的一個基本元素，若是黃體激素的作用被中斷，則懷孕就會被終止。Ru486 就是一種合成的抗黃體素的類固醇，這個藥與黃體激素的接受體 (progesterone receptor) 有很強的結合力，因此會與黃體素競爭而佔據了黃體素的接受器，所以可以拮抗黃體激素 (anti-progesterone) 而抑制了不管是內因性或外因性的黃體素活性，從而造成妊娠無法維持，終至引發流產，而達到藥物人工流產 (medical abortion) 的目的³³。

Ru486 (學名美服培酮 Mifepristone) 於 1982 年 4 月 19 日在法國科學院發表後，馬上在全世界造成相當大的震撼，也

³³ 參見陳國嶸著，RU486 (美服培酮)合併使用口服前列腺素 Cytotec 對於早期懷孕之藥物人工流產的治療成效，中山醫學大學醫學研究所碩士論文，91年6月，8頁。

立刻引發了大規模的爭議。長期以來本來就已存在於墮胎這一議題的各種爭執，又再一次的凸顯出來，尤其宗教界及道德人士更擔心，由於 Ru486 的方便性與易取得性，勢將造成墮胎的泛濫以及伴隨而來的性道德之崩潰，最後，整個社會將不免道德淪喪人慾橫流。而因為 Ru486 是一種口服藥，可輕易的在各種管道販售³⁴，因此也隨之帶來了很多新的法律問題，如管理、登記及責任歸屬等等。

但從另一個角度來看，也正因為其方便性，對於婦女墮胎權尤其隱私權，有了更好更進一步的保障，如果要施以某些管制，是不是又形成了對婦女權利的另一種侵犯呢？

貳、各國對 RU486 之使用情況

在法國，Roussel-Uclaf 藥廠於 1988 年 3 月將 Ru486 申請上市，1988 年 9 月通過，1988 年 11 月 RU486 正式上市。1994 年起，限制懷孕十週內的婦女，可在全國 850 個有執照的診所或醫院使用，但須先確定是子宮內懷孕後，再給予婦女一星期時間的考慮，才回到診所簽下兩份文件後，由醫師給予婦女三顆各 200 克的 Ru486 服下，48 小時再回到診所追蹤，並服用前列腺素，服用前列腺素後還要在診所觀察 4 小時。在這整個過程中，醫師或護士可目視婦女服藥。法國並禁止煙癮大者及 35 歲以上的婦女使用 Ru486。

英國於 1991 年核准使用 Ru486 來中止懷孕，1994 年起更對非英國居民提供此項服務（主要是美國人）。在英國，Ru486 也必須在醫師面前服用，病人要留院觀察三小時，也應在醫院

³⁴ 如台灣人盡皆知的，藥房私下偷偷販賣 Ru486，以及很流行的，在網路上販售 Ru486。

中使用後續的前列腺素。

美國也在激烈的爭議與辯論後，於 2000 年 9 月，由食物藥品管理局核准使用在妊娠七週以內的流產。

中國大陸則是早在 1988 年起，即已大量使用 Ru486 來作藥物人工流產。

台灣也在各方爭論不休以及黑市流行一段相當長的時間後，基於讓婦女在安全使用之下有另一種選擇的考量，行政院衛生署終於在 2000 年 12 月 28 日核准 Ru486 在台灣上市，而於 2001 年 6 月 5 日發出藥品許可證予美時化學製藥股份有限公司（衛生署藥製字第 GMPG-7549044476 號），商品名為『美服錠（Mifegyne）』。

而在 Ru486 尚未核准上市前，也曾引起由副總統呂秀蓮召集的總統府人權諮詢小組在台北賓館舉行的「RU-486」聽證會中大力抨擊。由此，也可見各方爭議角力之痕跡。

參、台灣對 Ru486 之管制

目前，台灣將 Ru486 列為第四級管制藥品，因此其持有、購買、販賣、輸入、輸出或使用都有嚴格的監控³⁵。依據「行政院衛生署加強美服培酮 (Mifepristone-RU486) 管理方案」規定，Ru486 限由合於優生保健法規定之婦產科醫師在公私立醫療院所執行使用，病人須簽署同意書，且須於醫院或診所內，在婦產科專科醫師或醫護人員面前服用。

另在「行政院衛生署加強美服培酮 (Mifepristone、RU486) 管理」的規定中特別指出：

一、RU486 列屬「第四級管制藥品」，依法，藥房不能販

³⁵ 參見管制藥品管理局九十年三月二十七日管證字第九三三二九號函。

售，也不能調劑，一般藥局既不能販賣，也不能調劑，只有依管制藥品管理條例，向管制藥品管理局申請核准，發給管制藥品登記證之藥局，才得由合法人員「依婦產科醫師之處方」進行調劑。

二、Mifepristone (RU486) 藥品限由合於優生保健法規規定之婦產科醫師在公私立醫療院所執行使用。

三、適用對象：符合「優生保健法」中，可施行人工流產之條件者。

四、服用方法如下：

病患須在醫院或診所內，在醫護人員面前服藥，病患一次口服 600mg Mifepristone (每顆 200mg 共 3 顆)。在服用 Mifepristone 之後的 36 到 48 小時後，病患應回到醫院或診所，再服用前列腺素 Misoprostol 400mg (200mg 共 2 顆)，來誘發子宮收縮，如果病患未配合使用前列腺素，則本墮胎方法之失敗率可能會提高。如果之後的 3 小時內未見出血，再額外服用前列腺素 misoprostol 200mg 來加強子宮收縮，在服用前列腺素時與服用後的 3 小時內，病人應留在醫療院所觀察³⁶。

病患在 Mifepristone 錠服用後的二週內，應確實回診追蹤，經由進一步的方法(臨床檢查， β -HCG 測定、超音波掃描等等)，來確認妊娠組織是否完全排出，以及陰道出血的現象是否已經停止了。因為若病患繼續懷孕或妊娠組織未完全排出，將被安排再進行適當的治療(包括手術治療)。因此，在回診日期或治療過程尚未結束之前，病患不可到距離診治的醫院或診所太遠的地方旅行³⁷。直到經合於優生保健規定之婦產科醫師

³⁶ 因服用前列腺素之後，妊娠組織將於病患在醫院或診所的幾個小時內或接下來的幾天內排出，通常出血會一直持續至下一次的回診。因此，病患應留在醫院或診所視察 3 個小時，並需有隨時就醫的準備。

³⁷ 墮胎婦女必須被告知可能發生大量、且時間較長的陰道出血(約 9 天)。

確認完全流產，無危險之虞為止。使用本藥品之婦女均應注意自身之狀況。

衛生署更特別強調，使用 Mifepristone 類墮胎藥物施行人工流產，必須符合「優生保健法」相關規定，未婚未成年人或禁治產人必須經法定代理人同意，才可使用，未領得管制藥品許可證的藥房也不得販售。

肆、 Ru486 之用法及併發症

用 Ru486 來施行人工流產的使用方法，在上述的「行政院衛生署加強美服培酮(Mifepristone-RU486)管理方案」中已有詳細說明；但必須指出，這個使用方法只是為了配合法令與方便管理而設的一個使用方法，並不是最理想或效果最好的使用方法³⁸。

而依據這管理方案，臨床醫師使用 Ru486 來藥物流產的步驟，大致如下³⁹：

- 1、藥物流產之前必須作超音波檢查，若有「子宮內避孕器」需由醫師先行取出。
- 2、需評估為妊娠在七週以內，即最後一次月經後 49 天之內方可實施。

幾乎所有的案例皆會有出血現象，且出血並不代表妊娠組織完全被排出。應告知病患只要在未確認為完全流產之前，不可以到距離執行的醫院或診所太遠的地方旅行。病患應確實被教導，如果緊急狀況發生時，特別是陰道大量出血時，她應到哪裡就醫或與誰聯絡。

³⁸ 參見李耀泰陳福民尹長生著，Ru486 使用方法的探討，台灣醫界，第 45 卷第 10 期，91 年 10 月，19 頁至 20 頁。參見林禹宏著，Misoprostol 在懷孕中的應用，中華民國婦產科醫學會會訊，第 68 期，2002 年 6 月，26 頁至 29 頁。

³⁹ 參考高添富編，Mifepristone 安全使用手冊，自刊，4 頁。

- 3、服用第一劑 RU486 後需觀察一小時，由醫師監測有否對 RU486 藥物過敏或有否嘔吐、腹瀉等藥物不良反應，再由醫師決定是否需改用人工流產手術。
- 4、36 至 48 小時後，回診使用前列腺素 400 毫克，需觀察六小時，由醫師檢視有否流產，並作超音波檢查証實完全排清。若服藥三小時內沒有反應，會加用一劑 200 毫克，再觀察三小時，若仍未流產，醫師必須安排改用人工流產手術完成。
- 5、患者於兩週後，須再回診追蹤。

惟須注意，Ru486 不可使用於尚未確認的懷孕、子宮外孕或是對懷孕日數有所質疑的案例，尤其要再次特別強調，懷孕週數必須小於七週，才可使用。

另外，衛生署也列有使用 RU486 的十類禁忌對象⁴⁰，包括：（1）慢性腎上腺衰竭（2）已知對 Mifepristone 或其他內含物會產生過敏（3）長期併用類固醇類藥物治療（4）出血性疾病或併用抗凝血劑治療（5）尚未經婦產科專科醫師以超音波掃描或生化測驗確認的懷孕（6）妊娠日數已超過四十九天（7）疑似子宮外孕者（8）因前列腺素藥物而產生的禁忌（9）三十五歲以上婦女且一天抽菸超過十支以上者以及（10）遺傳性？咯紫質沈著病患者。

以 Ru486 作為使用於懷孕七週內⁴¹之藥物流產，其成功率約為 92 到 95%⁴²，依據中山醫學大學最近所作的研究報告，其

⁴⁰ 參見洪雲著，衛生署核准 RU486 合法使用並加強管理，衛生報導，11 卷 3 期，92 年 6 月，5 頁。

⁴¹ Ru486 如果用於懷孕七週以上的藥物流產，其成功率會降低，出血也較多。

⁴² 參見陳國嶸著，RU486 (美服培酮)合併使用口服前列腺素 Cytotec 對於早期懷孕之藥物人工流產的治療成效，中山醫學大學醫學研究所碩士論文，91 年 6 月，9 頁。

成功率為 98.72%⁴³。至於失敗率，根據不同的研究，其失敗率介於 1.3%至 7.5%。其中，繼續懷孕約為 0.6-9%，不完全流產約為 0.5-8%。而出血的比率約為 0-14%，但即使成功流產也有可能發生較大量且時間較長之陰道出血（約 9 天）。

因此，我們可以知道，RU486 並非墮胎的萬靈丹，它只是提供了婦女們另一種非侵襲性(non- invasive)的方式來進行人工流產，除了可以避免手術中與手術後的併發症及麻醉的風險外，同時也可以減少因子宮內膜搔刮術造成子宮內膜傷害所導致的無月經、月經量過少或次發性不孕症等這些後遺症。

根據臨床醫師的經驗，幾乎所有服用 RU486 的婦女都有出血情況。而且在用此方法墮胎失敗時，因為 Ru486 具有致畸胎性，可能生下畸型兒，仍然必須以其他方式終止懷孕。其他的併發症包括，子宮收縮或痙攣、子宮疼痛以及噁心、嘔吐、腹瀉、下痢、低血壓、頭痛、昏眩、疲勞、身體不適的症狀。另外，因配合前列腺素（PGE2）使用，也有少數人對此項藥物產生副作用，如心絞痛、心律不整、心臟衰竭等心血管疾病；因此，Ru486 不建議使用於年齡超過 35 歲且每天吸煙超過十支的婦女。

自從 RU486 出現後，讓墮胎變得更方便、也更便宜，但它並不是絕對安全的。有些案例顯示，服用 RU486 的孕婦，身體健康受到傷害，甚至有致命的危險。根據中華民國婦產科醫學會在 1998 年的一項調查，RU486 未上市前，私下使用 RU486 的民眾，已有兩起孕婦死亡，十八人子宮外孕、六十人併發內膜炎、三百八十六人因無效而必須再施行人工流產，並有一百多人大量出血。所以，RU486 只是提供婦女另一種墮胎的選擇，

⁴³ 參見陳國嶸著，RU486 (美服培酮)合併使用口服前列腺素 Cytotec 對於早期懷孕之藥物人工流產的治療成效，中山醫學大學醫學研究所碩士論文，91 年 6 月，56 頁。

但仍需在醫師嚴密監控下才能進行。

即使在今日，RU486 已列為管制藥品合法使用，但因為買賣管道甚多，取得並不困難，問題依然很多。根據婦產科醫學會的問卷調查顯示，有八成的婦產科醫師都曾接獲擅自使用 RU486 引起併發症的病例⁴⁴，甚至引致生命危險的病例也不少見

⁴⁵
。

伍、 使用 Ru486 相關之法律及命令

刑法第二百八十八條：「懷胎婦女服藥或以他法墮胎者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。」當然，墮胎所用的方法，應無限制，其中，法條上所說的服藥應屬例示。再根據「行政院衛生署加強美服培酮(Mifepristone, RU486)管理方案」規定：「該藥品之施用係屬優生保健法第四條所稱之人工流產，限制由合於該法規定之婦產科醫師為之。」因此，我們可以說，基本上，使用 RU486 就是一種墮胎行為，RU486 只是提供婦女墮胎的另一種選擇，仍須受墮胎相關的各項法令規範。而且 RU486 更不能單獨視為只是一種藥品，應該把它看作是在一個人工流產醫療行為中的一部分過程，就像手術的麻醉過程中給予麻醉藥，或是眼科醫師在眼底檢查前使用散瞳藥劑，藥物都只是整個操作過程中的一個步驟，而非獨立事件。服用 RU486 就是人工流產手術中的一個步驟，整個事件就是一種墮胎行為。

與 RU486 相關的法律，首先，當然就是刑法墮胎罪一章以及優生保健法相關之規定。

⁴⁴ 詳見聯合報，91 年 10 月 24 日，7 版。

⁴⁵ 詳見聯合報，91 年 11 月 1 日，18 版。

如優生保健法第 5 條：「本法規定之人工流產或結紮手術，非經中央主管機關指定之醫師不得為之。

前項指定辦法，由中央主管機關定之。」

優生保健法第 12 條：「非第五條所定之醫師施行人工流產或結紮手術者，處一萬元以上三萬元以下罰鍰。」

優生保健法第 13 條：「未取得合法醫師資格，擅自施行人工流產或結紮手術者，依醫師法第二十八條懲處。」

施行人工流產或結紮手術醫師指定辦法第 3 條：「施行人工流產手術之醫師，應具左列資格之一：

- 一 領有婦產科專科醫師證書者。
- 二 依法登記執業科別為婦產科者。」

因此，使用 RU486 幫婦女墮胎的人若不是醫師，便犯了醫師法第 28 條：「未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者。」之密醫罪，與墮胎罪雖為同一行為⁴⁶，但二著所侵害的法益不同，應成立想像競合⁴⁷，從一重處斷。

與 RU486 相關的法令尚有下列這些：

1、Ru486 限由合於優生保健法規定之婦產科醫師，在公私立醫療院所執行使用，因此與醫療法有關。

醫療法第 40 條：「醫療機構應依其提供服務之性質，具備適當之醫療場所及安全設施。」

醫療法第 46 條：「醫院實施手術時，應取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫師應向其本人或配偶、親屬或關係人說明手術原因，手術成功率或可能發生之併發症及危險，在其同意下始得為之。但如情況緊急，不在此限。

⁴⁶ 參見柯耀程著，刑法競合論，元照出版公司，2000 年 12 月，初版，212 頁。

⁴⁷ 參見張麗卿著，刑法總則理論與運用，神州圖書公司，2003 年 4 月，二版，412 頁至 415 頁。

前項手術同意書及麻醉同意書格式，由中央衛生主管機關定之。」

醫療法第 58 條：「醫療機構診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針及預後情形。」

2、而 RU486 列屬第四級管制藥品，依法，藥房不能販賣，也不能調劑。一般藥局不能販賣，也不能調劑，只有依管制藥品管理條例，向管制藥品管理局申請核准，發給管制藥品登記證之藥局，才得由合法人員依婦產科醫師之處方進行調劑。因此，相關的法律尚有藥事法與管制藥品管理條例。

藥事法第 60 條：「管制藥品及毒劇藥品，須有醫師之處方，始得調劑、供應。

前項管制藥品應憑領受人之身分證明並將其姓名、地址、統一編號及所領受品量，詳錄簿冊，連同處方箋保存之，以備檢查。

管制藥品之處方及調劑，中央衛生主管機關得限制之。」

管制藥品管理條例第 5 條：「管制藥品之使用，除醫師、牙醫師、獸醫師、獸醫佐或醫藥教育研究試驗人員外，不得為之。

獸醫佐使用管制藥品，以符合獸醫師法第十六條第二項規定者為限。」

管制藥品管理條例第 21 條：「管制藥品之販賣，應將購買人及其機構、團體之名稱、負責人姓名、管制藥品登記證字號、所購品量及販賣日期，詳實登錄簿冊，連同購買人簽名之單據保存之。

管制藥品管理條例第 39 條第二項：「違反第二十一條、第二十四條、第二十八條第一項、第三十一條或第三十二條規定者，其管制藥品管理人亦處以前項之罰鍰（新台幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰）。」

第四節 墮胎罪之構成要件

本章之罪，為危險犯或實害犯頗有爭論，通說均認為，只有第二百九十二條為危險犯外，其餘各罪基本上是實害犯⁴⁸。但也有學者認為，墮胎行為並不一定要對母體或胎兒產生死傷之結果，因此是危險犯⁴⁹。且本章之罪，除了第二百九十二條外，其餘皆為即成犯。而其成罪都根基於一個共同的核心—墮胎行為，因此這些罪都有一些共同的構成要件⁵⁰。

第一項 墮胎罪之共同構成要件

壹、有墮胎行為

在懷胎婦女妊娠未至自然分娩期之前，用藥品或其他方法，造成胎兒脫離其母體，或將胎兒殺死於母體中之行為，即為墮胎行為。至於墮胎所使用之方法，並無限制，也就是說不管用任何方法，只要造成下列兩種結果之一即是墮胎行為：（1）使胎兒於母體子宮中死亡，（2）使胎兒早產。因此，前一節所述的一般墮胎行為、人工流產以及 RU-486 之藥物流產，均屬墮胎行為。

⁴⁸ 參見甘添貴著，體系刑法各論第一卷，自刊，1999年9月，初版，147頁。參見林東茂著，刑法綜覽，東林文化公司2002年10月，一版，213頁。

⁴⁹ 參見前田雅英著，董璠輿譯，日本刑法各論，五南圖書公司，89年5月，初版，60頁。

⁵⁰ 參見孫遠釗著，墮胎罪之研究，刑事法雜誌，第25卷第4期，70年8月，29~31頁。

貳、有行為主體

本罪章中，分別按行為主體之身份資格的不同而各別訂有自行墮胎罪與加工墮胎罪，因此，本罪當無成立共同正犯之餘地。

自行墮胎罪及聽從墮胎罪之犯罪主體乃是懷胎婦女，加工墮胎罪、圖利加工墮胎罪及未得承諾墮胎罪之犯罪主體則指懷胎婦女以外之他人，而介紹墮胎罪則無論何人，均得為犯罪之主體。在自行墮胎罪及聽從墮胎罪，若婦女本人並不知其自身已經懷孕者，自難成為本罪之行為主體。

參、有行為客體

本章之罪，所要保護的主要法益係胎兒生命、身體之安全，所以除第二百九十二條以外，均須以有生命之胎兒為行為客體，因此墮胎罪之客體必須係活胎。故若胎兒已死於子宮中，再以人為加工將其排出於母體之外，因行為之際，胎兒已係死胎，並非本罪適格之行為客體，因之，此時自無墮胎罪可言⁵¹。或者婦女根本未懷胎卻誤以為自己已經懷孕，皆非本罪之客體。

所謂「胎兒」，在醫學上本係指自受精卵於子宮壁著床完成，開始器官分化，至成為刑法上之「人」的階段過程中的生命體而言，妊娠期間之長短，受胎之原因如何，生長之情形如

⁵¹ 42 台上 383：墮胎罪之成立，以殺死胎兒或使之早產為要件。究竟上訴人施行手術前，該胎兒是否業已死亡，即其所取出者是否為死胎，此與犯罪之構成極關重要，不能謂無審究餘地。

何，均非所問。甚至孕婦婚姻關係之有無，當然亦非所問。

至於，醫學上所謂之「葡萄胎」者，因其並非胎兒，難認為係本罪之客體。但現今很通行的 IVF（所謂的「試管嬰兒」⁵²），係以體外受精而懷孕者，在胚胎植入子宮之後，懷孕過程即已啟動，除了醫療及藥物之助孕外，後續之過程與一般自然懷孕並無不同，因此評估受精卵著床於子宮壁之時際，仍應解為本罪之客體。其他各種日新月異的生殖科技，如 GIFT（配子輸卵管內植入術 Gamete intrafallopian transfer）、ZIFT（受精卵輸卵管內植入術 Zygote intrafallopian transfer）、TET（胚胎輸卵管內植入術 Tubal embryo transfer）等等⁵³，也應作如是觀。

胎兒之形成始點，在早期，學理大致以「精子與卵子結合而成受精卵」時認定之，認為卵子受精後，已具有一新生命開始成長，因此，認為胚胎之生命乃始自卵子受精而開始分裂之時⁵⁴，故早期的刑法學說多係以受胎之時為胎兒生命的開始點，而墮胎罪之保護起點即從此時開始。但如果今天還依此種認

⁵² 一般我們看到「試管嬰兒」這個名詞時，直覺的都會想到如科幻電影中一樣，是在試管中培育出一個嬰兒。事實上，現今所謂的「試管嬰兒」應稱作「體外受孕」(In vitro fertilization)，它只是以生殖醫學技術，將成熟卵子取出母體外，而使之在體外受精，經實驗室培養到雙細胞至八細胞的胚胎時，再將其植入母體內。因此「試管嬰兒」的過程，包括了一連串的步驟，從誘發排卵、卵泡成長之追蹤監測、取卵手術、配子之體外處理、體外授精、體外胚胎之培養發育以及胚胎植入，當然也包括後續懷孕過程的監測追蹤與維護。參見中華民國不孕症暨生殖內分泌醫學會編著，不孕症及生殖內分泌學，合記出版社，88年1月，初版，307頁。

⁵³ 參見中華民國不孕症暨生殖內分泌醫學會編著，不孕症及生殖內分泌學，合記出版社，88年1月，初版，315頁至319頁。

⁵⁴ 在這裡又產生了一個問題，「複製人」或「處女起源（刺激卵子直接分裂）」之胚胎並沒有受精過程。

知，必然造成過早之刑法保護，殊無必要，更有甚者，將會導致有為數不少現今社會已大致共同接受、認可且大力倡導之避孕或節育方法，勢必進於墮胎罪效力範疇下而構成犯罪⁵⁵。

因此，當今學說上乃揚棄上述之主張，而改變見解，以「受精卵著床於子宮壁時」始為胎兒生命之開始點。如此，服用避孕藥或使用各式避孕器材，以阻止卵子受精，或阻止受精卵著床，則因尚不認為是胎兒，乃無墮胎罪成立之可能，而非刑法上之行為。德國刑法第二一九條 d 也規定：「行為之效力發生於受精卵在子宮內著床前者，不視為本法意義上之墮胎⁵⁶。」

至於墮胎罪保護之終點，則指與生命始點相銜接之出生時⁵⁷，也就是胎兒與人之分界時點。

肆、 有行為結果

行為須造成下列兩種結果之一，才構成墮胎罪：

- (一) 使胎兒於母體子宮中死亡
- (二) 使胎兒早產

伍、 須為故意

本章各條之罪，皆以故意為構成要件，以故意犯為限始成

⁵⁵ 因為有很多的避孕方法，即是以防止受精卵在子宮壁著床，而達到避孕效果。天主教反對各種避孕方式，也是基於類似的理由。

⁵⁶ 參見蔡墩銘譯，德、日刑法典，五南圖書公司，82年12月初版，114頁。

⁵⁷ 至於何時始屬出生，請參考前文「生命起點之爭議」中之內容。

立各罪⁵⁸，這包括主觀上有所認知並有意使其發生（直接故意），或預見其發生之可能性而其發生並不違背其本意（間接故意）。所以，行為人必須在主觀上具備墮胎之故意⁵⁹，必須對懷胎之事實有所認識，並了解其行為足以造成胎死腹中或早產，而有意的用藥品或其他方法，以侵害胎兒之生命為目的，而故意使之於自然生產之前脫離母體或造成胎死腹中。

本罪章並無處罰過失之規定，所以如因過失而犯之者，應不予處罰（刑法第十二條第二項）。譬如懷胎婦女因疏忽跌倒引致流產，誤食藥物或其他非墮胎故意之行為而造成胎兒早產或死亡，均不構成本章之罪。

至於孕婦因自殺未遂獲救，卻導致胎兒早產或死亡之結果時，是否仍成立自行墮胎罪？從司法院、最高法院之見解可知，也仍以視其有無直接或間接故意為斷，倘無使之墮胎之故意，則不能論以本罪⁶⁰。又婦女不知自己已懷孕之事實，而在客觀上已該當墮胎罪之構成要件，仍不應成罪，因其不具墮胎之

⁵⁸ 25 上 1054：上訴人不知某氏身懷有孕，將其毆打，並無墮胎之故意，根本上不能成立墮胎罪，而因傷墮胎，苟非於某氏之身體或健康有重大不治或難治之傷害，即不能因其發生墮胎之結果，遽論上訴人以致人重傷之罪。

⁵⁹ 19 院 307：刑法第三百零七條第一項之使婦女墮胎罪，以有墮胎之故意者為限，代電所稱情形，如乙男推摔甲婦時並無使其墮胎之故意，則甲婦因而墮胎，乙男之行為成立傷害罪，不成立墮胎罪，但乙男既知甲婦懷胎，是否有墮胎之間接故意，應依刑法第二十六條第二項認定之。

19 院 350：查因傷害人而發生墮胎結果者，應視其有無使其墮胎之直接（刑法第二六條第一項）或間接（同條第二項）故意，分別依墮胎或傷害之法條處斷。

⁶⁰ 29 上 3120：刑法第二百九十一條第一項之使婦女墮胎罪，以有直接或間接之墮胎故意為必要。倘無使之墮胎之故意，而由另一原因發生墮胎之結果者，則祇成立他罪，而不能論以本罪，即因墮胎致死，亦不能以同條第二項前段之罪論擬。

知與欲⁶¹。另外，單純毆打孕婦，致生墮胎之結果時，是否觸犯墮胎罪？依通說認為其不具備前述之主觀故意要件，自不成立本罪。但仍應視實際情形而定，譬如毆打已懷胎八個月之婦女，就加害人毆打行為之同時，是否對於其行為可能致墮胎之結果預見其發生，且其發生並不違背行為人之本意（即有間接故意），自應進一步調查，始可判斷其應否負墮胎罪之責任。

陸、 本罪為即成犯

本章之罪為即成犯⁶²，祇要具備構成要件，罪即成立；故除第二百九十一條之外，本章之罪並無考慮既遂，未遂之可言。除了第二百九十一條第一項「未得孕婦同意加工墮胎罪」之重罪有處罰未遂犯之規定外，本章其他各罪原則上皆不處罰未遂犯，須以達於既遂程度始以之為罪，故雖有故意墮胎行為，但若未造成使胎兒於母體子宮中死亡或使胎兒早產之結果，亦不成立墮胎罪⁶³

本罪亦無處罰預備陰謀犯之規定，故預備或陰謀使他人墮胎，應不為罪。

第二項 墮胎罪之特別構成要件

在個別的構成要件該當性方面，分別討論如下。

⁶¹ 參見張麗卿著，刑法總則理論與運用，神州圖書公司，2003年4月，二版，141頁至142頁。

⁶² 參見甘添貴著，體系刑法各論第一卷，自刊，1999年9月，初版，147頁。

⁶³ 參見林東茂著，刑法綜覽，東林文化公司2002年10月，一版，213頁。

壹、自行墮胎罪

一、客觀構成要件

自行墮胎罪是以孕婦為主體之身分犯，行為主體以懷胎婦女為限，須為懷胎婦女自行實施之，也就是說，須孕婦不假借他人而親自為墮胎之行為。而所謂懷胎婦女，只要有懷孕之事實即可，至於其受孕的原因為何，則在所不論。不問其為自願或受強暴、已婚或未婚、婚內情抑婚外情，甚至人工授精或試管嬰兒（體外受精），均足當之。

懷胎婦女自行決定以服藥或其他人工之方法，促使在其子宮內之胎兒胎死腹中或早產者，即屬孕婦自行墮胎罪。如前所述，因自行墮胎罪純粹以保護胎兒為目的，故本罪處罰實施墮胎行為之懷胎婦女。而所稱服藥，當然也包括打針，至於所謂其他方法，例如跳舞、騎馬、摔跤或其他自傷行為皆屬之⁶⁴。

有學者認為，自行墮胎就像自傷行為一樣，自傷行為較之同意傷害的違法性較低，所以自行墮胎較之同意墮胎，其違法性也較低，因而處罰應該也要較輕才合理。可是，自行墮胎之所以須受處罰，乃是因為其所保護的法益是胎兒，而非孕婦本人，故將其類比為自傷行為並不十分妥當⁶⁵。

不過，懷胎婦女雖有墮胎行為，但如係因疾病或其他防止生命上危險之必要而自行墮胎時，得免除其刑（第二百八十八條三項）。而如婦女事實上並未懷孕，誤以為自己已懷孕，而

⁶⁴ 參見許玉秀著，被利用人之禁止錯誤與墮胎加重結果罪，台灣本土法學，第27期，2001年10月，103頁。

⁶⁵ 參見前田雅英著，董璠輿譯，日本刑法各論，五南圖書公司，89年5月初版，62頁。

實施墮胎行為，因本罪為身分犯，該婦女並無懷孕之事實，欠缺構成要件該當性，當然不成立本罪。

本罪為結果犯，須發生胎兒死亡或早產之結果，始能成罪，若未發生上述結果，因本罪並無處罰未遂犯之規定，依罪刑法定原則不予論罪。

二、主觀構成要件

懷胎婦女須具備墮胎之故意，而為本罪之行為，始成立自行墮胎罪。行為人對於自己懷孕之狀態有所認識，並對使胎兒早產或在腹中予以殺害有所認識與預見，且進而決意其結果之發生之主觀心態，即屬墮胎故意。否則若因意外或過失而致流產，則由於本罪不處罰過失墮胎，皆無由構成本罪（第十二條第二項）。

貳、聽從墮胎罪

一、客觀構成要件

聽從墮胎罪之行為主體須為懷胎婦女，且須係他人對之實施墮胎行為。懷胎婦女聽從他人而以服藥或他法，使其子宮內之胎兒胎死腹中或早產者，為孕婦聽從墮胎罪。與孕婦自行墮胎罪之區別，乃在後者係出於己意，而本罪係聽任他人為其墮胎之墮胎行為。因聽從墮胎罪正是以胎兒為保護的對象，故處罰懷胎婦女。且墮胎行為雖由他人為之，但乃因孕婦之同意而任由他人實施墮胎行為，所以孕婦仍應予以處罰。

如前所述，自行墮胎之所以受處罰是因為其所保護的法益

是胎兒，而非孕婦本人，因此聽從墮胎罪的孕婦是不是也應成立加工墮胎罪的共犯？但考量婦女會聽從墮胎通常都有較可憫恕的理由，所以仍以給予較輕的處罰為宜。

本罪是懷胎婦女聽從他人為其墮胎而成立，易言之，即孕婦允許他人對自己實施墮胎行為，此一同意行為，無論出於明示或默示，主動地提出或被動地同意，均不影響本罪之成立。至於為懷胎婦女墮胎之他人，只須對孕婦施行墮胎即是，不問其人為醫師或非醫師，即使孕婦之配偶亦包括在內，且為懷胎婦女墮胎之他人，也可能視實際情況，分別成立加工墮胎罪（第二百八十九條第一項）或圖利加工墮胎罪（第二百九十條第一項）。

如孕婦已經同意（或聽從）他人為之墮胎而終未墮胎時，因尚處於預備階段，欠缺行為客體及著手要件，應不為罪。或懷胎婦女雖有墮胎行為，但如係因疾病或其他防止生命上危險之必要而聽從他人墮胎者，即得免除其刑（第二百八十八條三項）。

二、主觀構成要件

懷胎婦女須具備墮胎之故意，而為本罪之行為，始成立聽從墮胎罪。

參、加工墮胎罪

一、客觀構成要件

加工墮胎罪之行為主體須為懷胎婦女以外之一切自然人，

不管是醫師、助產士、藥師、藥商或任何人，均足當之。此參與墮胎之人，不但對胎兒的生命法益予以侵害，且亦害及懷胎婦女之健康或生命安全。

本罪之行為，乃懷胎婦女以外之人受懷胎婦女之囑託或得其承諾而對其為墮胎之行為，才構成加工墮胎罪。其行為態樣有二：（1）受懷胎婦女之囑託而為其墮胎。（2）得懷胎婦女之承諾而為其墮胎。所謂受懷胎婦女之囑託，乃妊婦主動為墮胎之要求，而得懷胎婦女之承諾，則係妊婦被動為墮胎之同意。至於行為人係出於何種動機以及使用何種方法來施行墮胎，概與本罪之成立無關。此種囑託或承諾須有明確之表示，不包括默示之情形，且須由懷胎婦女出於自由意志及真意之表示，並親自為之⁶⁶。

行為人之行為須造成胎兒死亡或早產之結果，方構成本罪。否則若雖已著手實施墮胎行為，但未發生胎兒死亡或早產，則為本罪所不罰之未遂行為。

若懷胎婦女係因疾病或其他防止生命上危險之必要而墮胎者，孕婦本人雖因具個人阻卻刑罰事由（第二百八十八條三項），可免除其刑。但受懷胎婦女囑託或得其承諾而為懷胎婦女墮胎者，因二者罪名各異，適用不同之法條，而與一般之共犯關係不同，故仍單獨成立加功墮胎罪或圖利加功墮胎罪。除非為其墮胎者是合法之婦產科醫師，此時，合法之婦產科醫師可主張業務上之正當行為而阻卻違法（第二十二條）。但若懷胎婦女係因疾病或其他生命上之危險，苟非墮胎不能保全生命者，則參與墮胎者即使並非上述之合法的婦產科醫師，仍得主張緊急避難而不罰（第二十四條第一項）。

⁶⁶ 參見甘添貴著，體系刑法各論第一卷，自刊，1999年9月，初版，67頁至68頁。

二、主觀構成要件

幫助者主觀上須具備為他人墮胎之故意，始成立加工墮胎罪⁶⁷。行為人對於懷胎婦女之囑託或得其承諾有所認識，且對該婦女已懷孕之事實有認知，並確知所實施之行為係以墮胎之為目的，仍進而決意付之實行，而以墮胎之知與欲⁶⁸實施墮胎行為。如無此等之認知，縱因其行為而引致胎兒死亡或早產，仍不得論以本罪，因本罪不處罰過失犯。

三、加重結果犯

若因犯本罪之行為而發生致死或重傷之加重結果者，負加重結果犯之處罰，但此加重結果須與行為人之墮胎行為具有因果關連⁶⁹。且參與墮胎者是否應對所發生之死亡或重傷結果負責，仍視其對此種加重結果之發生有無預見可能性而定⁷⁰。但是，墮胎手術也是一種手術，有一些結果本來就是施行墮胎手術時會引致之無法避免的傷害，這當然不能算作致傷。

加工墮胎罪之加重結果犯，可分為兩項罪名，（一）加工墮胎致重傷罪，（二）加工墮胎致死罪。

⁶⁷ 最高法院四十八年台上字第一四七六號判決參照。

⁶⁸ 參見張麗卿著，刑法總則理論與運用，神州圖書公司，2003年4月，二版，141頁至142頁。

⁶⁹ 參見林山田著，論殺人罪與墮胎罪，中興法學，13期，67年4月，215頁。

⁷⁰ 參見張麗卿著，刑法總則理論與運用，神州圖書公司，2003年4月，二版，104頁至105頁。

肆、圖利加工墮胎罪

一、客觀構成要件

圖利加工墮胎罪之主體，須為懷胎婦女以外之第三人。又本罪之犯罪主體雖以醫師、助產士、藥師、藥商為常見，但並不以此為限，即任何人均得為本罪之犯罪主體，苟意圖營利者，即足當之。

本條為前條規定之加重罪名，行為人以營利為目的，受懷胎婦女之囑託或得其承諾而使之墮胎，該當加工墮胎罪與圖利加工墮胎罪，在犯罪評價上，因該當上述兩罪所侵害之法益具有同一性，應優先適用特別規定之圖利加工墮胎罪。圖利加工墮胎罪與單純加工墮胎罪之區別，在於前者有營利之意圖，後者則無，其餘要件皆同。

二、主觀構成要件

行為人若主觀上除具備為他人墮胎之故意外，另有營利之不法意圖，乃成立圖利加工墮胎罪。本罪除須具備意圖營利之特別要件外，餘均與前條加工墮胎罪相同，至於行為結果是否果真有獲得利益，則無關本罪成立之認定。

三、加重結果犯

若因本罪之行為而發生致死或重傷之加重結果者，負加重結果犯之處罰，已述之如上。

圖利加工墮胎罪之加重結果犯，也可分為兩項罪名，

(一) 圖利加工墮胎致重傷罪，(二) 圖利加工墮胎致死罪。

伍、 未受囑託或未得承諾墮胎罪

一、 客觀構成要件

未受囑託或未得承諾墮胎罪之主體，須為懷胎婦女以外之第三人，任何人均可能成為本罪之行為主體，故本罪為一般犯。行為人未受懷胎婦女之囑託或未得承諾，或孕婦明示反對而仍使孕婦墮胎者，乃成立未受囑託或未得承諾墮胎罪。本罪異於其他加工墮胎罪之處，乃在於墮胎行為之施行是在違反懷胎婦女意願下而進行，即條文中所稱，「未受懷胎婦女之囑託或未得其承諾」，而使之墮胎者。其所保護法益，除胎兒生命法益外，更強調孕婦之生命及身體法益。

行為人不問係以積極之行為違背孕婦之意思而使其墮胎，或利用孕婦之無知使其自行墮胎，均可謂為『使之墮胎』。至於行為人係出於何種動機以及使用何種方法施行墮胎，皆與本罪之成立無關。本罪之實施，以採用強暴、脅迫或詐術者為多，故此種行為，通常其動機較為惡質，且其行為非價亦較重大，故刑法所給予之處罰在墮胎罪章中為最重。而也因其惡性特別重大，所以其法定刑也比普通傷害罪為重。

再者，懷胎婦女之囑託或承諾，以具有完全責任能力為必要。亦即，縱經無責任能力之妊婦或有責任能力之妊婦在無意識、不自由或受強暴脅迫之情形下為承諾或囑託，而為其實施墮胎，仍不能免除本罪之刑責。也就是說，此種情況不成立加工墮胎罪或圖利加工墮胎罪，仍以未受囑託或未得承諾墮胎罪論處。又使懷胎婦女陷於錯誤而取得承諾者，也仍以未得承諾

論。

此外，孕婦在本罪中係基於被害人之地位，與其在參與墮胎罪之地位截然不同。因此，只要行為者初無墮胎之故意，縱其行為誘發墮胎之結果，亦不成立墮胎罪。

二、主觀構成要件

未受囑託或未得承諾墮胎罪，行為人必須具備墮胎之故意，始構成本罪⁷¹。行為人於施行行為之時對於該婦女已懷孕之事實有認知，且對未得懷胎婦女之囑託或得其承諾有所認識，並確知所實施之行為足以造成墮胎之後果，仍進而決意使其發生。此等故意不以直接故意為限，未必故意亦足以成罪。行為人主觀上若欠缺此種構成要件故意，即使發生了墮胎之結果，亦不成立本罪⁷²。例如單純與孕婦打架互毆造成孕婦流產，因無使孕婦墮胎之故意，並不成立未受囑託或未得承諾墮胎罪⁷³。且因本罪亦無處罰過失之規定⁷⁴，故亦不能成立本罪之過失犯，而

⁷¹ 29 上 3120：刑法第二百九十一條第一項之使婦女墮胎罪，以有直接或間接之墮胎故意為必要。倘無使之墮胎之故意，而由另一原因發生墮胎之結果者，則祇成立他罪，而不能論以本罪，即因墮胎致死，亦不能以同條第二項前段之罪論擬。

⁷² 30 上 1930：刑法第二百九十一第二項之墮胎致死罪，以加害人有使懷胎婦女墮胎之故意為必要。如無此故意，僅因毆傷懷胎婦女之結果，致其胎兒墮落，該婦女且因之而死亡者，即與該罪應具之要件不符。

⁷³ 22 上 2143：刑法第三百零七條第一項所謂未受懷胎婦女之囑託或未得其承諾，而使之墮胎者，以犯罪人有使婦女墮胎之故意為必要。若僅彼此毆打，因毆打之結果，致婦女墮胎者，苟非毆打時即有使婦女墮胎之故意，尚難論以該條第一項之罪。

⁷⁴ 48 台上 1476：墮胎罪之構成以有使婦女墮胎之故意為必要。刑法第十五條第一項規定，係指消極行為之犯罪與積極行為之犯罪在法律上有同一之效果，並非對於犯罪行為之意思條件特設例外規定。故該項行為縱令

僅能就傷害婦女身體部分來論罪科刑⁷⁵。

三、加重結果犯

若因本罪之行為而發生致死或重傷之加重結果者，負加重結果犯之處罰，與上述相同。

四、未遂犯

墮胎罪一章中，只有本罪有處罰未遂犯。本罪之行為人，並沒有受懷胎婦女之囑託或未得其承諾，而竟使之墮胎，其不法內涵及行為非價較本章其他各罪都較高⁷⁶，所以對於本罪之未遂行為有予以處罰之必要，故本罪有處罰未遂犯之規定（第二百九十一條第三項）。

客觀上係違反法律上防止義務，而行為人主觀上並無犯罪故意，除應論過失犯者外，仍不成立犯罪。被告雖為婦產科主任，知有產婦在院而未為應診，遽行外出，不能謂無過失。但刑法第二百九十一條之墮胎罪無處罰過失犯之規定，除應負醫師法第二十條、第二十七條之行政上責任外，自難律以刑法上之墮胎罪，同法第十五條，消極行為之責任亦無從適用。且被告在辦公時間以外，又非輪值醫師，而不應招請，在法律上尚難確認其有防止之義務。

⁷⁵ 19 院 307：刑法第三百零七條第一項之使婦女墮胎罪，以有墮胎之故意者為限，代電所稱情形，如乙男推摔甲婦時並無使其墮胎之故意，則甲婦因而墮胎，乙男之行為成立傷害罪，不成立墮胎罪，但乙男既知甲婦懷胎，是否有墮胎之間接故意，應依刑法第二十六條第二項認定之。

19 院 350：查因傷害人而發生墮胎結果者，應視其有無使其墮胎之直接（刑法第二六條第一項）或間接（同條第二項）故意，分別依墮胎或傷害之法條處斷。

⁷⁶ 參見林山田著，論殺人罪與墮胎罪，中興法學，13 期，67 年 4 月，216 頁。

既遂與未遂之區分，是以胎兒是否死亡或早產來作為決定之標準。故行為人若已著手實施墮胎行為，但尚未發生胎兒死亡或早產之情形，則成立本罪之未遂犯。若胎兒本已死於子宮中，再以人為加工將其排出於母體之外，在自行墮胎或聽從墮胎等罪，因行為之際，胎兒已係死胎，欠缺侵害的客體，故不可罰。但在未經同意的墮胎中，則有成立未遂罪的可能，因為從侵害胎兒生命這點來看，是一種「反面構成要件錯誤」的不能犯，為未遂犯⁷⁷，故仍應成立本罪之未遂犯。且本罪所保護法益，除胎兒生命法益外，也包括孕婦之生命及身體法益，理當處罰。

縱使行為人誤認並未懷孕之婦女為已懷孕，而犯下本罪，亦應認係「客體不能」⁷⁸，而論以本罪之「不能未遂犯」（第二十六條但書）。

陸、公然介紹墮胎罪

一、客觀構成要件

墮胎章各罪基本上都是實害犯，只有本罪是危險犯。介紹墮胎罪，無論何人均得為犯罪之主體。不以醫事人員或從事醫藥販賣之人員為限，任何具有行為能力之自然人皆可能。

墮胎行為既為法律所不許，則墮胎方法與物品及其訊息之傳播，應亦為法律所禁止，以免助長墮胎罪之發生，此乃本條

⁷⁷ 參見張麗卿著，刑法總則理論與運用，神州圖書公司，2003年4月，二版，250頁。

⁷⁸ 參見張麗卿著，刑法總則理論與運用，神州圖書公司，2003年4月，二版，277頁。

立法之意旨。本罪所保護之法益，乃係不特定或特定多數胎兒之生命安全。且性質上，本罪為抽象危險犯。

公然介紹墮胎罪之行為方法，為文字、圖畫或他法。其所處罰之行為態樣有二種：（1）公然介紹墮胎之方法或物品。（2）公然介紹自己或他人從事墮胎之行為。行為人必須有以文字、圖畫或其他方法介紹墮胎之方法或物品，或介紹自己或他人從事墮胎之行為等，且此行為必須以公然為之，始構成公然介紹墮胎罪。而所謂公然，係指不特定人或多數人得以共見共聞之狀況⁷⁹。又多數人指人數眾多，非經相當時間之分辨，難以計數，亦包括特定之多數人在內⁸⁰。本罪為舉動犯⁸¹，行為人只須有公然介紹之行為，犯罪即行成立。至於婦女是否有因為這個介紹而墮胎，或是否有使用其介紹之方法或物品，均與本罪之成立無關。

然而，對於現在相當流行，以變相之廣告或其他宣傳方式，以達到宣傳之目的者，是否仍應認為構成本罪？殊值研究。

二、主觀構成要件

行為人主觀上必須具備介紹墮胎故意，即行為人認識其介紹之方法為墮胎方法，或其所介紹之物品為墮胎之物品，及以

⁷⁹ 29 院 2033：刑法分則中公然二字之意義，祇以不特定人或多數人得以共見共聞之狀況為已足。

⁸⁰ 釋 145 號：本院院字第二 三三號解釋所謂多數人，係包括特定之多數人在內，至其人數應視立法意旨及實際情形已否達於公然之程度而定。應予補充釋明。

⁸¹ 參見陳友鋒編，刑法分則（上），保成文化公司，88 年 12 月，初版，76 頁。

向他人介紹自己或他人願為婦女從事墮胎之意欲，而介紹墮胎之方法或物品，或公然介紹自己或他人從事墮胎之行為，始構成公然介紹墮胎罪。行為人對於其行為足以介紹墮胎之方法或物品，或足以公然介紹自己或他人從事墮胎之行為等情事有所認識，仍進而決意公然介紹，即具本罪之構成要件故意，當然也包括直接故意與未必故意。

三、醫師招牌與公然介紹墮胎罪

走在街上，隨處都可以看到有不少婦產科醫院或診所的招牌上斗大的寫著：「人工流產」，打開報紙，也可以看到有不少婦產科醫院或診所的廣告中，公開的招徠「人工流產」或「優生保健」。這些廣告和招牌，事實上都已該當刑法第二百九十二條之『公然介紹墮胎罪』⁸²。但是，現今的社會，對墮胎行為的行為非價及判斷都已顯著改變，因此好像也沒聽說過，有人因此而受到刑事追訴的。尤其在優生保健法實施後，墮胎已接近除罪化，恐怕更沒人注意這一個條文了。

其實，雖然在優生保健法中已將人工流產合法化，但卻未及於『公然介紹墮胎罪』。公然介紹墮胎罪並未除罪化，也沒有其他阻卻違法或阻卻罪責之規定，因此，這些醫院和診所的招牌及其刊登之廣告，事實上都已該當刑法第二百九十二條之『公然介紹墮胎罪』，只是沒人在意或真把它當一回事罷了。這又是一個法律與現實落差鮮明的例子，由於立法及執法之怠惰以致之，而法律的威信就在這當中不知不覺斃喪了。

⁸² 參見林山田著，刑法各罪論，自刊，2000年12月，二版，100頁。

第三項 墮胎罪之加重結果犯

人工流產手術在婦產科學領域，雖然只是一項小手術，但伴隨著該項手術，仍有可能發生細菌感染、出血、子宮頸裂傷、子宮穿孔⁸³或因麻醉而導致的副作用等等各種合併症⁸⁴，而在嚴重的情形下，甚至也有案例必須將子宮切除才能解決的⁸⁵。另外，曾經施行過人工流產手術的婦女，以後再度懷孕時，較容易發生子宮頸閉鎖不全⁸⁶，而在臨床上發生流產、早產的機會也較大。所以，對接受施行人工流產手術的婦女而言，除自身須承受極大的身心衝擊外⁸⁷，醫療上的危險及併發症也不一定是可以完全避免的。而人工流產本身當然更不可能是一個百分之百安全的手術，因人工流產而致孕婦死亡的報告仍常有發生，其發生率隨施行手術時的妊娠週數而增加，從每十萬人 0.4 到

⁸³ 據 Brehm 和 Kolmsee 的統計，其發生率為 0.2%至 0.5%，參見胡立翁銘慶譯，婦科手術圖譜，淑馨出版社，1996 年 7 月，43 頁。

⁸⁴ 參見關定遠著，優生保健法之立法旨意與實施概況，醫事法學，第一卷第五、六期，75 年，68 頁。

⁸⁵ 參見吳正吉等，人工流產手術，醫療糾紛案例解析，中華民國醫事法律學會，87 年 3 月，200 頁至 207 頁。

⁸⁶ 參見胡立翁銘慶譯，婦科手術圖譜，淑馨出版社，1996 年 7 月，43 頁。

⁸⁷ 如因內疚而產生種種幻覺，一些神棍也常藉嬰靈來欺騙曾墮胎之婦女。參見林龍震著，墮胎問題處理協助手冊，自刊，1998 年 4 月，25 頁。事實上，從正統佛教的觀點看，並沒有所謂嬰靈的問題，參見釋聖嚴著，學佛群疑，東初出版社，81 年 3 月，48 版，99 頁至 102 頁。1977 年的一項研究顯示，墮胎過的婦女，大約有半數仍被墮胎的經驗所困擾。參見趙玫珍著，從醫學倫理觀點談墮胎問題，醫事法學，第三卷第五期，79 年 3 月，13 頁。芬蘭政府的一項研究也指出，墮胎婦女於墮胎一年內自殺的比例是懷孕生產婦女的七倍。詳見聯合報，91 年 10 月 3 日，15 版。

每十萬人 12 個⁸⁸。當以上的這些併發症或死亡發生時，如果證實這些併發症或死亡與醫師的處置有因果關係且可歸責時，醫師就有可能要負起應負之業務過失責任了。

在人工流產所引起之併發症中，以子宮穿孔或破裂最為嚴重，故施行之醫師須注意防止其發生，萬一發生時也應積極予以治療，以避免更引起不幸後果。尤其，接受墮胎之婦女若因施行手術醫師之不注意而引起子宮穿孔導致其子宮被切除的時候，這更是屬毀敗其生殖機能之重傷害。對於此一重傷之結果，施行墮胎醫師自應負墮胎因而致婦女重傷之罪責（第二百八十九條第二項或第二百九十條第二項）。

惟倘若人工流產本身為合法行為時，則與一般墮胎之違法行為有異。墮胎罪之加重結果犯的成立要件，必須犯墮胎罪，並因而致懷胎婦女於死或重傷⁸⁹。而合乎優生保健法要件之人工流產，本即可阻卻違法不成立墮胎罪，故當然不能論以墮胎罪之加重結果犯。

而優生保健法對於施行人工流產致引起之不幸後果，雖未設任何處罰規定，但不能因此即認為這是不受處罰的。所以，施行人工流產之優生保健醫師，如因過失而將子宮穿孔，致使不得不將子宮切除，雖不適用刑法上加工墮胎之加重結果犯之規定，仍應依業務過失致重傷罪（刑二八四 II）予以處罰。對於人工流產所引起的這些併發症，及對懷胎婦女可能造成之醫療傷害的危險，施行墮胎手術之醫師並非毫無預見可能。但就醫師而言，當然也不希望此項傷害結果之發生，故對於醫師來說，其雖具有墮胎或人工流產之故意，但是卻無傷害之故意，因之，雖然發生了懷胎婦女傷害之結果，充其量僅能論以業務

⁸⁸ 參見 Jonathan S. Berek et al : Novak's Gynecology, 12th ed. 1996, p267.

⁸⁹ 參見蔡振修著，醫師在醫療上的法律責任專論，台灣婦產科醫學會會訊，第 30 期，1999 年 3 月，25 頁。

上之過失傷害（刑二八四 II），不能論以故意傷害⁹⁰。

如果不幸的，造成了子宮破裂引起母體大出血導致死亡的這種最嚴重結果時，對於施行墮胎或人工流產的醫師而言，當然也並非不能預見其發生（刑十七），則違法施行手術者對於接受墮胎或人工流產婦女之死亡，則可能要負加工墮胎致婦女於死或人工流產致婦女於死之罪責⁹¹。但是，如果施行手術者為合格之優生保健醫師，且依優生保健法之規定對於懷胎婦女施行人工流產，雖不幸造成母體之死亡，倘手術中醫師有應注意而不注意之過失時，如上述，墮胎罪的加重結果犯之成立要件，必須犯墮胎罪，因其所施行為乃合法之人工流產，故不能以加工墮胎致死論處，但仍應論以業務過失致死罪之刑責（刑二七六 II）⁹²。

如果不是合乎優生保健法之各種要件而施行之人工流產手術，引致了加工墮胎致婦女於死或重傷之情形，則其墮胎行為並不能阻卻違法，因此，施行墮胎手術之人仍應成立（圖利）加工墮胎致死或重傷之加重結果犯，應無問題。倘若，施行人工流產手術者根本就不是合法之醫師，則該施術者除成立（圖利）加工墮胎致死或重傷之加重結果犯外，依醫師法第二十八條，尚成立密醫罪。先由（圖利）加工墮胎致死或重傷罪與業務過失致死傷罪法條競合，再與密醫罪想像競合。

⁹⁰ 參見蔡墩銘著，墮胎與人工流產，月旦法學，試刊號，1995年3月5日，57頁。

⁹¹ 參見蔡墩銘著，墮胎與人工流產，月旦法學，試刊號，1995年3月5日，58頁。。

⁹² 參見蔡墩銘著，醫事刑法要論，景泰文化公司，1995年9月，初版，492頁。

第五節 墮胎罪之阻卻違法事由

墮胎罪之違法性，雖是無可置疑，但在某些情況下所行之墮胎行為，有時卻仍缺少可罰性⁹³。因之，並不是一有墮胎行為，即成立墮胎罪，亦非成立墮胎罪即受墮胎罪之刑罰。

以下，先論述雖有墮胎行為，但可以阻卻違法之事由。再於下一節說明成立墮胎罪後，如符今第二百八十八條第三項之規定者，仍得免除其刑之事由。當然，關於墮胎罪之各種阻卻違法事由，還是以合乎優生保健法規定之情況為最多。

第一項 優生保健法

伴隨著人口政策之改變以及現實和社會的需求，再加上整個社會觀念的變遷，對於在某些情況下施行之人工流產予以合法化，這已是現今一般人大多可以接受的趨勢。因此，我國也於 1984 年 6 月 29 日經立法院三讀通過「優生保健法」，由總統於同年 7 月 9 日明令公布，而自 1985 年 1 月 1 日才開始實施。在該法中，有若干條文規定，在合於優生保健法所規範的條件下，允許實施人工流產，因此提供了合法墮胎的法律依據。

刑法第二十一條第一項規定：「依法令之行為，不罰。」所謂依法令之行為，凡依法律、命令或其他成文法所實施之權利義務行為都可，而法令之範圍並無限制，舉凡刑罰法令以外

⁹³ 參見蔡墩銘著，刑法各論，三民書局，90 年 10 月，修訂四版，50 頁。

之一切法律或命令仍屬之⁹⁴。因此，合乎優生保健法之各種要件所施行的人工流產（墮胎）行為，即為依法令之行為，當然得以阻卻違法，不構成墮胎罪。

不只符合人工流產之要件而接受人工流產之懷胎婦女，因有阻卻違法之事由而不生墮胎罪刑責之問題，為其施行人工流產墮胎之合法醫師只要是經中央主管機關依法指定者（優生保健法第五條第一項），自亦不受處罰，其情形與接受人工流產之懷胎婦女並無不同⁹⁵。

唯須特別說明者，我國目前刑法墮胎罪的相關刑罰並未修改，人工流產仍屬「犯罪」，優生保健法的規定只是提供一個「阻卻違法要件」而已。雖然有甚多學者批評，依優生保健法鬆散的規定，幾乎大部份的情況都可以自由墮胎，而將刑法墮胎罪架空了。但基本上，在現行法律架構下，墮胎的「犯罪」本質並未改變，與所謂「墮胎自由化」仍有相當的距離。

壹、優生保健法立法宗旨

優生保健法第一條，開宗明義即揭示其立法宗旨為：「為實施優生保健，提高人口素質，保護母子健康及增進家庭幸福。」而所謂優生保健，就是根據遺傳學與優生學的原理，研究改善或增強後代人種身心的健康⁹⁶，簡單的說，優生保健的意

⁹⁴ 參見甘添貴著，人工流產與殺害胎兒，台灣本土法學，第 19 期，2001 年 2 月，119 頁。

⁹⁵ 參見蔡墩銘著，墮胎與人工流產，月旦法學，試刊號，1995 年 3 月 5 日，56 頁。

⁹⁶ 諷刺的是，由於二次大戰前納粹德國的濫用與誤導，「優生」這個名詞在近代西方社會，還曾是個敏感的忌諱。參見張立明著，德國納粹的安樂死計劃，路加雜誌，150 期，90 年 8 月，21 頁至 22 頁。

義，即在謀求人種素質的改變⁹⁷。因此，優生保健的主要目的，在利用現代醫學技術的進步，透過婚前健康檢查、遺傳諮詢、產前遺傳診斷、婦幼保健指導以及新生兒檢驗等種種方法來發現有礙優生之疾病，並採取避孕、結紮、人工流產或新生兒治療等各種必要的措施，設法防止或杜絕先天性缺陷兒或惡性遺傳素質的綿延發生，達到保護母子健康，提高人口素質的目的。

行政院於 1982 年 6 月向立法院所提出的法案說明內容，制定優生保健法的背景理由包括⁹⁸：（1）對患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者之生育，應予防止。（2）對有礙母子健康之生育，應提供適當之指導或處理。（3）懷孕婦女自願人工流產，應由合格醫師為之，並予以醫療照顧。（4）人口自然增加率應予以繼續降低。（5）其他。

而在優生保健法中，對婚前健康檢查、遺傳諮詢、產前遺傳診斷、婦幼保健指導、生育調節、避孕以及新生兒檢驗等等，都有具體的規定。但影響最大的，卻是有條件的開放合法墮胎，這也是在長年的立法過程中，引起各方爭議攻防的重點。因此，在一般人的認識中，乃造成了一個印象，優生保健法就是個為墮胎合法化所量身訂作的墮胎法案。

優生保健法施行至今，對婦幼健康的貢獻，確實不容抹煞。但影響最大的，顯然還是在合法人工流產的法律規範。而本法施行後，最明顯的成效也表現在下列兩點⁹⁹：（1）婦女得以有條件的合法施行人工流產，並且可以選擇合格的指定醫師

⁹⁷ 「人口素質」與「人口數量」乃為當前人口問題的兩面。參見劉丹桂著，優生保健法及實務，醫事法學，第一卷第五、六期，75 年，71 頁。

⁹⁸ 參見台灣省新聞處主編，強國強種，74 年 5 月，4 頁至 5 頁。

⁹⁹ 參見關定遠著，優生保健法之立法旨意與實施概況，醫事法學，第一卷第五、六期，75 年，68 頁。

執行之，婦女的健康及權益因此獲得保障。（2）使家庭計劃工作推行更臻完善，不但可協助避孕失敗之婦女，保護母子之健康，並且得以貫徹人口政策之實施。

優生保健法全文共分五章十八條，而依照該法第十七條的規定所訂之優生保健法施行細則也共計十七條。

『優生保健法』中與人工流產相關的條文如下：

第四條第一項：「稱人工流產者，謂經醫學上認定胎兒在母體外不能自然保持其生命之期間內，以醫學技術，使胎兒及其附屬物排除於母體外之方法。」

第五條：「本法規定之人工流產或結紮手術，非經中央主管機關指定之醫師不得為之。

前項指定辦法，由中央主管機關定之。」

第九條：「懷孕婦女經診斷或證明有左列情事之一者，得依其自願，施行人工流產：

一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。

二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。

三、有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。

四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。

五、因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。

六、因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者。

未婚之未成年人或禁治產人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人之同意。有配偶者，依前項第六款規定施行人工流產，應得配偶之同意。但配偶生死不明或無意識或精神錯亂者，不在此限。

第一項所定人工流產情事之認定，中央主管機關於必要時，得提經優生保健諮詢委員會研擬後，訂定標準公告之。」

第十一條第二項：「懷孕婦女施行產前檢查，醫師如發現有胎兒不正常者，應將實情告知本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產。」

第十二條：「非第五條所定之醫師施行人工流產或結紮手術者，處一萬元以上三萬元以下罰鍰。」

第十三條：「未取得合法醫師資格，擅自施行人工流產或結紮手術者，依醫師法第二十八條懲處。」

在『優生保健法施行細則』中與墮胎或人工流產相關的條文有：

第十四條：「第十條至第十三條所定情事，由指定得施行人工流產或結紮手術之醫師依規定認定之。」

第十五條：「人工流產應於妊娠二十四週內施行。但屬於醫療行為者，不在此限。妊娠十二週以內者，應於有施行人工流產醫師之醫院診所施行；逾十二週者，應於有施行人工流產醫師之醫院住院施行。」

這些條文規範了懷孕婦女依法可以實施人工流產的各種條件，包括為避免生育先天性缺陷兒，或因醫學上、社會上之理由，以及認定懷孕或分娩對懷孕婦女將引致生命危險或危害身體或心理健康，或影響其家庭生活。在避免先天性缺陷兒之發生及保障婦女生命與健康上，有其積極之意義。法條中並規定施行人工流產必須由於懷孕婦女之自願，未婚之未成年人或禁治產人則應得法定代理人之同意。有配偶者，如係依「因懷孕或分娩將影響心理健康或家庭生活」之情事而施行人工流產者，則應得配偶之同意。此種多層之規定，可視為是為了避免人工流產之浮濫。

此外在本法第五條中規定，施行人工流產必須依本法指定

之醫師方可執行。而在本法施行細則中亦規定，人工流產應於妊娠二十四週以內施行；妊娠十二週以內者，應在有施行人工流產醫師之醫院或診所施行；逾十二週者，則應在有施行人工流產醫師之醫院住院施行。如此，可使婦女健康受到更佳之保障，能減少並預防因人工流產而死亡或傷害之發生。另外，在第十二條及第十三條明訂，非經本法指定之醫師或甚至未具醫師資格者擅自施行人工流產或結紮手術時，給予處罰之規定。

醫師若依優生保健法之各種規定而實施人工流產，即屬依法令之行為，自得阻卻其行為之違法性，而不構成墮胎罪。

貳、 優生保健法人工流產之要件

優生保健法實施後，雖然在法律上允許施行人工流產，然而優生保健法所規定之人工流產仍有其一定之要件，在『優生保健法』及『優生保健法施行細則』中都有相關之規定，並非毫無條件限制的。

一、 人工流產之規定

優生保健法所稱人工流產，參照該法第四條第一項¹⁰⁰規定意旨，係指於「經醫學上認定胎兒」不能脫離母體而「自然保持其生命之期間內」，以醫學技術，將「胎兒及其附屬物」亦即臍帶、胎盤、卵膜、羊水等排出母體外之行為而言。由此可見，人工流產，以於一定之懷胎期間內者為限，始得為之。且

¹⁰⁰ 優生保健法第四條第一項：「稱人工流產者，謂經醫學上認定胎兒在母體外不能自然保持其生命之期間內，以醫學技術，使胎兒及其附屬物排除於母體外之方法。」

使用之方法限於各種醫學技術，如藥物（Ru486 等）及各種流產手術（子宮擴括術等），如果所使用的不是醫學上的方法，就不屬優生保健法所規範之人工流產。

而所謂「胎兒在母體外不能自然保持其生命之期間內」，所指「不能自然保持其生命」，係指「不能完全獨立自然保持其生命」，或係指「不能半獨立自然保持其生命」，學者也有爭議¹⁰¹。如屬後者，則墮下之早產兒若大於 24 週時，雖需插管在保溫箱中養育，但已能半獨立自然保持生命，此時即不屬優生保健法所規範之人工流產。如指前者，則此種情況仍屬優生保健法所稱之人工流產。不過，仔細探索優生保健法施行細則第十五條之規定：「人工流產應於妊娠二十四週內施行。但屬於醫療行為者，不在此限。」顯見屬於醫療行為之人工流產，即使妊娠超過二十四週仍得為之，換言之，優生保健法所稱之『人工流產』固不限於二十四週內施行者。且細究本條項之用語，迥異於一般所用之「胎兒在母體外不能獨立存活時」，而特別強調『自然』保持其生命，顯見本法人工流產定義中所謂「在母體外不能自然保持其生命」，應係指「不能完全獨立自然保持其生命」¹⁰²。

二、 妊娠週數之限制

依優生保健法施行細則第十五條第一項規定：「人工流產應於妊娠二十四週內施行，但屬於醫療行為者，不在此限。」因此人工流產必須是在妊娠二十四週內施行，才可阻卻違法。

¹⁰¹ 參見李聖隆著，醫護法規概論，華杏出版公司，2000 年 4 月，四版，360 頁。

¹⁰² 參見文衍正著，看診法門醫療倫理與法律，永然文化公司，89 年 1 月，63 頁至 64 頁。

但屬於醫療行為者，則無此限制，即使妊娠已超過二十四週仍得為之。

通常，如果是妊娠已超過二十四週之人工流產，大多是基於醫學上之事由而須實施人工流產，往往有出諸不得已的原因，情非得已，實不應再予以究責，所以予以阻卻違法，並無不當¹⁰³。在此情況之下，即使對於妊娠已滿二十四週之胎兒施行墮胎手術，將之排出於母體之外，雖可適用刑法墮胎罪章第二百八十八條第三項所規定：「因疾病或其他防止生命上危險之必要，而犯前二項之罪者，免除其刑。」之免刑事由來免除刑罰，或依緊急避難（刑二十四）阻卻違法，但還是直接依此但書，適用優生保健法之阻卻違法事由為宜。

三、場所之限制

依優生保健法施行細則第十五條第二項規定：「妊娠十二週以內者，應於有施行人工流產醫師之醫院診所施行；逾十二週者，應於有施行人工流產醫師之醫院住院施行。」因此，施行人工流產時，若妊娠週數還在十二週以內者，合乎規定之醫院或診所都可施行手術；至於妊娠已超過十二週者，則只有合格之醫院才可實施，且依規定須住院施行之。

四、施行人工流產之原因

在各國立法例上，墮胎合法化的理由，不外是基於優生學上的原因，或倫理上的原因，或社會經濟之原因，而設有阻卻

¹⁰³ 參見蔡墩銘著，墮胎與人工流產，月旦法學，試刊號，1995年3月5日，55頁。

違法事由。在我國優生保健法的第九條第一項也明確規定：「懷孕婦女經診斷或證明有左列情事之一者，得依其自願，施行人工流產。」亦即只有合乎下列六款情況之墮胎行為始能阻卻墮胎行為之違法性，此六款如下：（1）本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。（2）人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。（3）有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。（4）有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。（5）因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。（6）因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者。

第一款及第二款乃係基於優生學的理由，第三款及第四款乃是基於醫學的理由，第五款乃是基於犯罪倫理學的理由，第六款乃是基於社會及經濟上的理由。顯示出，我國立法上，和各先進國家一樣，主要也是考慮優生學、醫學、倫理學、社會經濟上之理由，而准予墮胎。

（一）基於優生學的理由

1、第一款：「本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。」

依優生保健法施行細則第十條之規定：「本法所稱有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者，其範圍如左：（1）足以影響胎兒正常發育者，如患苯酮尿症或德國麻疹之孕婦等。（2）無能力照顧嬰兒者，如患重度智能不足或精神分裂症之男女等。（3）可將異常染色體或基因傳至後代者，如患唐氏症之婦女或亨汀頓氏舞蹈症之男女等。」

2、第二款：「本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。」

所謂有礙優生之遺傳性疾病，如上所列。而稱四親等以內之血親，自包括四親等之血親者，因為法條並未另有規定，因此，當然也包括直系及旁系之四親等內血親。

(二) 基於醫學的理由

1、第三款：「有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。」

依優生保健法施行細則第十一條之規定：「本法所稱懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康之醫學上理由，其範圍如附件二。」

在附件二中對此則有詳細的條列：「有醫學上理由，認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康範圍。

(1) 產科方面：如子宮破裂、子宮穿孔、子宮出血、子宮肌瘤切除或前胎剖腹產、妊娠高血壓症、高齡（三十五歲以上）、多產等。

(2) 外科、婦科方面：如膀胱與陰道管縫合、腎臟移植、尿道轉向等。

(3) 骨科方面：如嚴重脊柱後側凸（彎）、軟骨病等。

(4) 血液科方面：如血栓性異常、血紅素病變、丙球蛋白病變、凝血異常等。

(5) 心臟血管科方面：如心臟衰竭或心肌炎、風濕性心臟病、曾有中風病史、高血壓或腦性高血壓、動脈瘤等。

(6) 胸腔科方面：如肺結核（使用抗結核藥物）、嚴重氣喘、支氣管擴張、肺氣腫、復發自發性氣胸、纖維性囊腫等。

(7) 泌尿科方面：如急性及慢性腎絲球炎、腎性高血壓、多發性腎囊腫、腎盂炎、任何引發腎功能不全之腎臟病變、單腎等。

(8) 內分泌科方面：如嚴重糖尿病、嗜鉻細胞瘤、腎上

腺、甲狀腺或副甲狀腺之功能過高或不全等。

(9) 腸胃科方面：如懷孕引發之黃疸、肝功能異常、腸系膜血栓、潰瘍性結腸炎、膈(肌)疝氣等。

(10) 免疫科方面：如免疫缺乏疾病、Rh 同族免疫、類風濕關節炎、紅斑性狼瘡、結節性多發性動脈炎等。

(11) 神經科方面：如嚴重中樞神經病變、多發性硬化症、肌肉萎縮症、大發作型癲癇。

(12) 先天性疾病方面：如唐氏症、基因病變。

(13) 腫瘤學方面：如白血病、何杰金氏症、乳癌及其他癌症等。

(14) 慢性病方面：如全身性黴菌感染、第三期梅毒、布氏桿菌病等。

(15) 精神科方面：甲、經醫生鑑定達心神喪失或精神耗弱之功能性、器質性精神疾病或智能不足者。乙、引起重度智能不足之遺傳性疾病。

(16) 耳鼻喉科方面：如耳骨硬化症等。」

2、第四款：「有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。」

依優生保健法施行細則第十二條之規定：「本法第九條第一項第四款所稱足以認定胎兒有畸型發育之虞之醫學上理由，其範圍如附件三。」

附件三中對此也有詳細的條列：「有關醫學上理由，認定胎兒有畸形發育之虞之範圍。

甲 關於母體者(1)化學因素：如孕婦服用沙利竇邁度或誤食多氯聯苯等。(2)物理因素：如因診療需要接受過量之放射線照射等。(3)生物因素：如德國麻疹病毒、小兒麻痺病毒之感染等。

乙 關於胎兒者，由下列產前診斷方法，可確知胎兒為畸形者。

(1) 羊膜腔穿刺術

A 羊水生化檢查，發現開放性神經管缺損、先天代謝異常疾病等。

B 羊水細胞培養後，經鑑定，發現有染色體或基因異常者，如唐氏症、黏多醣貯積症等。

(2) 超音波診斷術

如水腦症、無腦症、脊柱裂、尾骨腫瘤、裂腹畸形等。

(3) 胎兒內視鏡術

發現胎兒外貌畸形，難以矯治者。

(4) 子宮內胎兒血液取樣檢查術

如血紅素病變、血友病、子宮內胎兒感染等。

(5) 絨毛取樣取術

取樣細胞經鑑定有染色體或基因異常者，如唐氏症、重型海洋性貧血、黏多醣貯積症等。

(三) 基於犯罪倫理學的理由

第五款：「因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。」

其中，所謂「依法不得結婚者」，即民法第九八三條之規定：「與左列親屬，不得結婚：(1) 直系血親及直系姻親。(2) 旁系血親在六親等以內者。但因收養而成立之四親等及六親等旁系血親，輩分相同者，不在此限。(3) 旁系姻親在五親等以內，輩分不相同者。(4) 前項直系姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後，亦適用之。(5) 第一項直系血親及直系姻親結婚之限制，於因收養而成立之直系親屬間，在收養關係終止後，亦適用之。」

(四) 基於社會及經濟上的理由

第六款：「因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者。」

至於何謂「影響心理健康」以及何謂「影響家庭生活」，優生保健法及其施行細則並未作進一步詳細之規範，似乎是在立法時即故意留下一個鬆散之規定。因此，表面上看來是一款限制的規定，但實際上卻是開了一扇門，等於是無條件的允許人工流產，幾乎所有有意進行墮胎的人，只要按照優生保健法及其施行細則所訂下的遊戲規則，大概都可合法施行人工流產了。

對於此款規定，有學者持正面肯定的看法，也有學者持反面的看法而大加鞭撻¹⁰⁴。其實，這當中所涉及的還是對人工流產的基本立場，墮胎到底是「權利」或「犯罪」之根本問題¹⁰⁵，也就是我們前面所討論到的「PRO-LIFE」或是「PRO-CHOICE」的問題。

五、取得孕婦同意

依優生保健法第九條規定，施行人工流產應依懷孕婦女之自願。且如果是有配偶者而依第六款規定施行人工流產時，則必須得到配偶之同意，但配偶生死不明或無意識或精神錯亂者，當然就不在此限。此種同意須有明確之表示，不包括默示

¹⁰⁴ 參見李聖隆著，醫護法規概論，華杏出版公司，2000年4月，四版，349頁。

¹⁰⁵ 參見文衍正著，看診法門醫療倫理與法律，永然文化公司，89年1月，69頁。

之情形，且須由行為人出於自由意志及真意之表示，並親自為之。而這種意思表示，因人工流產也係一種手術，依醫療法第四十六條¹⁰⁶，應簽具「手術同意書」與「麻醉同意書」，除非是緊急情況。

人工流產之同意，以具有完全責任能力為必要。因此，如果是「未婚之未成年人或禁治產人」要施行人工流產，則應得法定代理人之同意。所以，倘若是基於無責任能力之孕婦或有責任能力之孕婦但在無意識、不自由或受強暴脅迫之情形下所為之同意，而為其實施人工流產，則不合法定要件，仍不能阻卻違法，還是須面臨墮胎罪之追訴。又，如果是使懷胎婦女陷於錯誤而取得同意者，仍以未得同意論。

六、由合格之優生保健醫師施行

優生保健法第五條規定：「本法規定之人工流產或結紮手術，非經中央主管機關指定之醫師不得為之。前項指定辦法，由中央主管機關定之。」

而依「施行人工流產或結紮手術醫師指定辦法」第三條：「施行人工流產手術之醫師，應具左列資格之一：

- (一) 領有婦產科專科醫師證書者。
- (二) 依法登記執業科別為婦產科者。」

如果不是合於這個條件的人工流產指定醫師，而施行人工流產手術，優生保健法訂有下列罰則：

¹⁰⁶ 醫療法第 46 條：「醫院實施手術時，應取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫師應向其本人或配偶、親屬或關係人說明手術原因，手術成功率或可能發生之併發症及危險，在其同意下，始得為之。但如情況緊急，不在此限。前項手術同意書及麻醉同意書格式，由中央衛生主管機關定之。」

第十二條：「非第五條所定之醫師施行人工流產或結紮手術者，處一萬元以上三萬元以下罰鍰。」

第十三條：「未取得合法醫師資格，擅自施行人工流產或結紮手術者，依醫師法第二十八條懲處。」

所以，雖具醫師資格但不是合格的人工流產指定醫師，而施行人工流產手術，須依優生保健法第十二條所定處以罰鍰。且其所施行的人工流產手術既已不合乎優生保健法規定之法定要件，當然不可謂為合法，因此恐不能阻卻違法，是以，仍須以墮胎罪論處。而如果施行人工流產手術的人，根本就未取得合法醫師資格，也就是密醫，那更須加上醫師法第二十八條之密醫罪了，其實不待優生保健法第十三條再行規定。

參、告知與承諾

由於醫療行為的對象是人，以人體為行為之標的，而醫療行為往往在本質上即具有危險性與侵襲性，因此，醫療行為雖以救治生命、維持及促進人體健康為目的，但是大多數的醫療行為在救治生命、維持或促進健康的同時，卻往往又會對人體具有傷害性，譬如，因治療子宮頸癌而須將子宮割除，或因認為蛀牙已威脅身體健康而須將牙齒拔掉。是則，在治病的時候，為了維持生命及大體之健康，必須同時傷害身體的一部份，才能達成治療之目的。這不僅是治病時如此，甚至在一些侵襲性的醫療檢查時也是如此。

是故，從形式上來看，醫療行為幾乎都不免該當刑法第二百七十七條、第二百七十八條或第二百八十四條等這些傷害罪，尤其外科手術為然；然則，醫療行為終究是基於治療病害的善意為出發點，且是救治生命、維持及促進人體健康所必

須，當然不能以傷害視之，是故法律上通說都依（1）刑法第二十一條『業務上之正當行為，不罰。』（2）社會相當性理論（3）優越利益保護原則（4）得受害者之承諾等從違法性檢驗，而使醫療行為得以阻卻違法¹⁰⁷。

容許風險理論更從客觀歸責理論出發，而提出對於較小利益之侵害行為，如果是為了保護較大利益而實施，則顯然是符合法律之目的，因之，行為即缺少構成要件該當性或違法性；從而，本來具有反價值之違法行為，卻因其能保全另外的價值，而此價值又超過反價值，對於這種目的及手段均屬正當之法益侵害行為，就應視為社會相當行為¹⁰⁸，而從根本即否定其具有犯罪性。因此，這些對人體具有傷害性之醫療行為，其傷害雖是可預見可迴避的，但卻往往是為達成治療病症或維護健康所必要而不得不作的行為，像這種為治療目的而採取之正當醫療手段，即使是侵害性之醫療行為，當然是容許的危險。又依優越利益保護或法益權衡理論，病人之健康利益每每優於病人之其他法益之保護；是以，為病人健康利益而採取之侵襲性醫療行為，也應承認其行為之合法性¹⁰⁹。

但醫療行為終究涉及病人身體完整性或生理機能與健康的侵害，除基於特定之法律規定外，終不能以強制為之，因此，醫療行為之合法性，相對人之同意是一個很重要的要件¹¹⁰。一個醫療行為實施前，如未取得承諾權人的承諾，無法阻卻侵權

¹⁰⁷ 參見王皇玉著，醫療行為於刑法上之評價，台灣大學法律學研究所碩士論文，84年6月，125頁至135頁。

¹⁰⁸ 參見蔡墩銘著，刑法精義，翰蘆圖書公司，1999年，187頁。

¹⁰⁹ 參見蔡墩銘著，醫事刑法要論，景泰文化，1995年9月，129頁。

¹¹⁰ 『第一，被害人之承諾是阻卻醫療行為違法性之重要事由；第二，從反面推論，未得被害人之承諾之醫療行為可能成立傷害罪。』參見王皇玉著，醫療行為於刑法上之評價，台灣大學法律學研究所碩士論文，84年6月，131頁至133頁。

行為責任，此為英、美、德、日實務界及理論界所共認¹¹¹。所以，實施醫療行為之前，應先徵得病患或其家屬之承諾¹¹²。即使在特殊情況下，無法徵得病患或其家屬之承諾時，也須在可認為當病患本人知悉時也一定會同意(推定之承諾)¹¹³的情況下，方可實施此醫療行為。

基於病人同意而實施之醫療行為，固多可阻卻違法，但此係對一般之醫療行為而言，如所實施者為墮胎，則因墮胎罪係以胎兒法益為保護的對象，故仍處罰懷胎婦女。而他人為孕婦實施墮胎行為，雖經孕婦同意，仍分別成立加工墮胎罪(第二百八十九條第一項)或圖利加工墮胎罪(第二百九十條第一項)。不過，對於加工墮胎行為而言，懷胎婦女之同意雖不能完全阻卻加工墮胎者之罪責，但可減輕部分之罪責，使其成立較輕之墮胎罪。不過此限於為同意之懷胎婦女具有同意能力，倘不具有同意能力，則其所為之墮胎同意無效¹¹⁴。

當然，在優生保健法實施後，合乎優生保健法規定要件所實施之人工流產，得可阻卻違法。但是施行人工流產，依優生保健法第九條第一項，仍應依懷孕婦女之自願，否則如用強迫

¹¹¹ 參見陳碧玉著，醫療事故過失認定的標準，法學叢刊，第84期，65年12月，75頁。參見劉文瑤著，醫事法要義，合記出版社，88年11月，初版，212頁至247頁。

¹¹² 而相對人同意這一種承諾，尚有兩方面要注意：(一)承諾人之行為：1.承諾人須有承諾能力，2.承諾人須有完全之能力，3.承諾須在行為之前或行為之際為之，4.承諾須出於真摯。(二)行為人之行為：1.須有獲得承諾之認識，2.行為在承諾範圍之內。參見蔡墩銘著，刑法精義，翰蘆圖書公司，1999年，197頁，

¹¹³ 『屬於正當業務行為之醫師治療行為，……，除非病人已陷於心神喪失或昏迷狀態不可能獲得其同意，此時可依「推定的承諾」而阻卻其違法。』參見蔡墩銘著，刑法總則爭議問題研究，五南出版公司，81年，81頁。

¹¹⁴ 參見蔡墩銘著，醫事刑法要論，景泰文化，1995年9月，484頁。

或欺騙之手段，仍不得阻卻違法¹¹⁵。且懷胎婦女如屬於未婚之未成年人或禁治產人者，依優生保健法第九條第二項，也應得法定代理人之同意，亦即以法定代理人之同意代替未婚之未成年人或禁治產人本身之同意，才屬合法¹¹⁶。而依同條項規定，有配偶者，依優生保健法第九條第一項第六款所實施之人工流產，應得配偶之同意，除非配偶生死不明或無意識或精神錯亂者，當然就不在此限。

在英美法常強調的『被說明的同意』（informed consent），其主要立義，乃認為侵襲性醫療行為的施行，必須有病人的同意才可實施，而病人同意的有效性，以被仔細說明為前提，強調的是保障病人自主決定權的必要¹¹⁷。因為，病患對醫療行為，除了接受因醫療治療所獲得的利益外，尚須承擔因醫療而對病人身體完整性或生理機能與健康的侵害，及某些醫療行為引致之風險¹¹⁸。

即使是一個普通的墮胎行為，對於懷孕婦女的身體，至少亦會造成輕傷害之侵犯結果。所以，在孕婦或法定代理人同意之前，當然，醫師須先善盡說明義務¹¹⁹。醫師善盡說明義務才能使病人作出明智之同意，否則，可能構成過失或故意傷害

¹¹⁵ 如醫師先生拿 RU486 騙太太為營養劑，令太太流產，仍成立墮胎罪。見 90 年 12 月 8 日，聯合報。

¹¹⁶ 依此規定來看，竟不須徵得未婚之未成年人或禁治產人病患本身之同意，實為優生保健法立法上之瑕疵。參見高添富著，醫師如何面對醫療糾紛，中華民國婦產科醫學會，91 年 3 月，初版，91 頁。

¹¹⁷ 參見侯英冷著，論消保法上醫師之安全說明義務，台灣本土法學，第 37 期，2002 年 8 月，127 頁。

¹¹⁸ 參見黃丁全著，醫事法，元照出版公司，1998 年 7 月，初版，403 頁。

¹¹⁹ 不管從民法上契約之概念或醫療法第四十六條之規定，醫師都對病患負有說明義務。參見陳春山著，『醫師 病人 醫療糾紛』，書泉出版社，2000 年 2 月，二版，77 頁。

¹²⁰。唯有醫師盡其說明義務，並取得病患之同意，所實施之醫療行為始具合法性¹²¹。而此項告知內容之範圍，依『理性的醫師說』即足¹²²，也就是說，依照一般理性的醫師應該對病患說明的事項，就應該對相對人說明。但也有學者主張折衷說，認為除合理性醫師的立場外，尚須考慮患者於下決定之際所認為重要且必要之資訊也要告知¹²³，也就是『個別之病患與合理之醫師二重基準說¹²⁴』。

第二項 不得阻卻違法之情況

很多人都以為，台灣自 1985 年優生保健法施行以後，所有的墮胎皆已合法化，是個墮胎自由的國家。事實上，依法論法，只要刑法墮胎罪章存在一日，我們就不能說在台灣墮胎罪已除罪化。因為在我國，墮胎並沒有除罪化，只是經由優生保健法的規範予以阻卻違法。

實施優生保健法後，雖然在法律上允許實施人工流產（優生保健法第九條），向墮胎合法化邁進一步。然而優生保健法所規定之人工流產仍有其一定之要件，並非毫無條件限制。如果一個墮胎行為之施行並未符合優生保健法所規範的要件，則

¹²⁰ 參見文衍正著，看診法門醫師之說明注意與其他義務，永然文化公司，87 年 10 月，21 頁至 27 頁。

¹²¹ 參見黃丁全著，醫事法，元照出版公司，1998 年 7 月，初版，377 頁。

¹²² 參見吳建樑著，醫師與病患醫療關係之法律分析，東吳大學法律研究所碩士論文，83 年 7 月，44 頁至 46 頁。

¹²³ 參見陳子平著，醫療上『充分說明與同意』之法理，東吳大學法律學報，第十二卷第一期，2000 年 2 月，17 頁。參見黃丁全著，醫事法，元照出版公司，1998 年 7 月，初版，383 頁。

¹²⁴ 參見劉文瑤著，醫事法要義，合記出版社，88 年 11 月，初版，218 頁。

該行為即不在優生保健法之規範範疇內，當然就不得主張其所為之人工流產係合法之行為，也就不能依優生保健法而阻卻違法，仍應認為係墮胎行為¹²⁵，若該當刑法墮胎罪章各罪之構成要件，自構成刑法墮胎罪。因此，不合乎優生保健法所規定之要件而施行人工流產，已不在優生保健法規範之效力範疇，即不能依此而阻卻違法，除非另有其他阻卻違法或阻卻責任之事由，否則仍應論以墮胎罪。

對於這些不在優生保健法規範效力範疇內的人工流產，本來回歸刑法墮胎罪章論處已足，實不必疊床架屋另作規定¹²⁶，但優生保健法仍在第十二、十三條作了處罰的規定。

（一）第十二條：『非第五條所定之醫師施行人工流產或結紮手術者，處一萬元以上三萬元以下罰鍰。』

（二）第十三條：『未取得合法醫師資格，擅自施行人工流產或結紮手術者，依醫師法第二十八條懲處。』

壹、非優生保健醫師施行人工流產手術

依據『優生保健法』第五條：「本法規定之人工流產或結紮手術，非經中央主管機關指定之醫師不得為之。」，而「前項指定辦法，由中央主管機關定之。」又依據『施行人工流產或結紮手術醫師指定辦法』第三條：「施行人工流產手術之醫師，應具左列資格之一：（一）領有婦產科專科醫師證書者。（二）依法登記執業科別為婦產科者。」即必須先具醫師資格，再具備上述兩種資格之一，才是所謂之優生保健醫師。

¹²⁵ 參見蔡墩銘著，醫事刑法要論，景泰文化公司，1995年9月初版，487頁。

¹²⁶ 參見蔡振修著，醫事過失犯罪析論，中華民國醫事法律學會，85年6月16日，333頁。

因此，施行人工流產者，如果只具有合法醫師資格，而不具有『施行人工流產或結紮手術醫師指定辦法』第三條所列之資格者，也就是不具優生保健醫師資格之醫師，其所實施之人工流產手術，基本上仍不是合乎優生保健法規範之人工流產，當然即不能依此而阻卻違法，除非有其他阻卻情事存在，否則縱使該孕婦符合優生保健法第九條所規定之情形，手術醫師還是該當墮胎罪章之「加工墮胎罪」或「圖利加工墮胎罪」。而如果不幸又造成了墮胎婦女的死或重傷，則更成立（圖利）加工墮胎致死或重傷之加重結果犯，應無問題。

另外，優生保健法第十二條又規定處以一萬元以上三萬元以下罰鍰，此處分當屬行政罰¹²⁷，跟刑法墮胎各罪應不成立競合關係。至於對同一行為既以刑法墮胎罪論處，又以行政罰處以罰鍰，是否違反「一事不二罰」之原則¹²⁸？實有討論之空間。

行政秩序罰與刑罰皆為國家對人民不法行為之制裁，對於人民同一之不法行為可否同時施以行政秩序罰與刑罰之問題，首先必須考慮到此兩種處罰在本質上是否相同？此不僅涉及一事不二罰原則之適用問題，也須思考比例原則之問題。

關於行政秩序罰與刑罰間究竟為「質」的差別或「量」的

¹²⁷ 行為人因未遵守行政法規，以致於未履行其行政義務而形成不法時，即為「行政不法」，亦為一種「行政犯」，而得受行政罰之制裁，狹義之行政罰係以秩序罰為主要內容，故又稱為行政秩序罰。參見洪家殷，行政秩序罰論，五南圖書公司，2000年7月，初版二刷，3頁。

¹²⁸ 「一事不二罰」原則，係指國家對於人民同一之行為，不得為多次之處罰，又稱「雙重處罰之禁止」或「重複處罰之禁止」。此項原則為法治國原則的重要內涵之一，同時亦是人民的一項基本權利，其不僅適用於犯罪行為之刑事制裁上，於行政不法行為之處罰，應該亦有其適用。參見李建良著，行政秩序罰與一事不二罰原則，月旦法學雜誌，第58期，2000年3月，30頁。

差別，現今之趨勢，可說已放棄質的區別，而傾向於僅是量的差異，並由立法者決定¹²⁹對該種行為科以刑罰或行政秩序罰。本來若採質的區別說，則行政秩序罰與刑罰在本質上既不相同，不論是所保護之法益，或制裁之目的等，皆有不同，則單獨施以一種制裁，並無法滿足制裁之目的，故併行處罰應為容許且不悖於比例原則之要求¹³⁰。相對的，若採量的區別說時，則行政秩序罰與刑罰只是處罰手段之不同而已，其間並不存在保護法益或制裁目的等之本質上差異。因此，當行為人就其行為已被科以任何一種處罰時，國家應已達到制裁之目的，不得再予處罰，否則將逾越必要之程度，不符比例原則之要求。

我國早期司法院之解釋及行政法院向來之見解，對於行政秩序罰與刑罰之區別，即採質的區別說。但是，既然現今量的區別說已居於主流的地位，本於量的區別說之立場，二者既皆為對違反秩序行為之處罰，在處罰之目的及本質上並無不同，僅為處罰程度之輕重有別而已。是以，對同一違反秩序而應受行政秩序罰及刑罰制裁之行為，若併科以行政秩序罰及刑罰時，由於單一制裁即可達處罰之目的，兩者併科將逾越必要之程度，且超過行為人就該行為所應受之處罰，而違反了比例原則。此外，當國家之制裁權於第一次已使用過時，若再次行使，亦將破壞法秩序之安定，違背人民之信賴，並影響人民之行為自由，甚至侵及其人性尊嚴。是以，行政秩序罰實不宜與刑罰併行處罰，惟實務界則尚無法完全接受此種看法。

我國實務界認為，刑罰所處罰者，為反社會、反道德之犯

¹²⁹ 參見大法官第 517 號解釋解釋理由書。

¹³⁰ 如蘇俊雄即主張：「行政刑罰與行政罰，二者性質有別，不容混淆，然行政刑罰若未能完全達其功能，自非不得再加行政罰予以併罰。」參見蘇俊雄著，論刑罰與行政刑罰及行政罰之範疇界限，月旦法學雜誌第 73 期，2001 年 6 月，155 頁。

罪行為，其目的在於防衛社會及感化犯人。反之，行政罰所處罰者，為違反行政法義務之行為，其目的在於維持行政秩序，二者性質根本不同，當不發生從一重處斷或吸收之問題¹³¹。同一事實同時構成犯罪行為及行政罰行為時，除法律有特別規定，或性質上不能重複處分者外，可分別依照有關之規定，施以刑罰及行政罰。

惟刑罰為較高度之制裁，不僅對較嚴重之行為始科處刑罰，且其處罰手段亦較嚴厲。因此，基於憲法之比例原則，一行為同時該當行政罰及刑罰之構成要件，如其法律目的不同，處罰手段亦有差異，且無輕重之關聯時，格於現有法制狀況，自非不得分別科處。反之，如有關規定之法律目的相同，而處罰之手段又有相似或輕重關聯之情形，則應僅科處刑罰，而不宜另科處行政罰¹³²。不過，對於這一點，在行政罰法草案中，倒是已有明確之規定¹³³。

因此從這個角度來看，優生保健法第十二條之處罰，與刑法墮胎罪之刑罰相較，雖輕重差別極大，但仍實屬疊床架屋，又違反一事不二罰之原則，宜刪除之。

貳、 非合法醫師施行人工流產手術

優生保健法第十三條規定：「未取得合法醫師資格，擅自施行人工流產或結紮手術者，依醫師法第二十八條懲處。」因其人不具醫師資格而竟為他人施行人工流產，足生重大危害於

¹³¹ 參見陳敏著，行政法總論，自刊，1999年12月，2版，651頁。

¹³² 參見陳敏著，行政法總論，自刊，1999年12月，2版，652頁。

¹³³ 行政罰法草案初稿第25條：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。」

懷胎婦女生命身體之安全，自應課以較重之刑事責任¹³⁴。但是，此條本就是個畫蛇添足的條文。

如果施行人工流產手術者，不僅不具合法優生保健醫師資格，甚至根本就不具合法醫師資格時，如護士、助產士、藥師甚或密醫，其所實施之人工流產手術，基本上即不是合乎優生保健法規範之人工流產，當然即不能依此而阻卻違法，除非有其他阻卻情事存在，否則縱使該孕婦符合優生保健法第九條所規定之情形，該手術者仍該當墮胎罪章之「加工墮胎罪」或「圖利加工墮胎罪」，孕婦則成立「自行或聽從墮胎罪」。且除上述之墮胎罪之外，施術者另外亦該當醫師法密醫罪之構成要件。

醫師法第二十八條：「未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。」人工流產乃係一種侵襲性之手術，孕婦所找為其施術之人，縱非合格之醫師，斷也不會隨便找個人為其施術，一定是求助於以此為業之人。該人未具醫師資格擅自執行人工流產之醫療業務¹³⁵，本就該當醫師法第二十八條所定之密醫罪¹³⁶。因此，如果施行人工流產手術者根本就不具合法醫師資格，即使該人工流產符合優生保健法第九條所規定之情形，施術者除應成立「加工墮胎罪」或「圖利加工墮胎罪」外，另外本即該當醫師法密醫罪之規定，不待優生保健法再作重複之規定。

¹³⁴ 參見蔡墩銘著，墮胎與人工流產，月旦法學試刊號，1995年3月5日，56頁。

¹³⁵ 64.4.6 衛署醫字第 107880 號函：「醫療業務係指以醫療行為為職業者而言，……，未具醫師資格，執行醫療業者，稱為擅自。」

¹³⁶ 參見文衍正著，看診法門醫師之說明注意與其他義務，永然文化公司，87年10月，171頁至176頁。

所以，「未取得合法醫師資格擅自施行人工流產」，乃成立墮胎罪與密醫罪之想像競合。此外，應探究其有無營利意圖，如其無之，則係刑法第二百八十九條第一項「受囑託或得承諾墮胎罪」與醫師法第二十八條「擅自執行醫療業務罪」競合。刑法加工墮胎罪之本刑為「處二年以下有期徒刑」，醫師法密醫罪之刑為「六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金。」，因此，依刑法第五十五條前段規定，應從一重¹³⁷之醫師法第二十八條之罪處斷。若有營利意圖時，圖利加工墮胎罪之刑為：「處六月以上五年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金。」兩罪之本刑相同，但罰金則密醫罪為輕，因此照刑法第三十五條之規定來比較¹³⁸，仍從一重，依醫師法第二十八條之密醫罪處斷。

至於未取得合法醫師資格，擅自執行人工流產等醫療行為，因而致懷胎婦女重傷或死亡之加重結果者，仍依上面之探討，應分別該當刑法第二百八十四條第二項業務上過失傷害或重傷罪及第二百七十六條第二項之業務上過失致人於死罪，以及（圖利）加工墮胎致死或重傷之加重結果犯外，另外該當醫師法第二十八條之密醫罪。先由（圖利）加工墮胎致死或重傷罪與業務過失致死傷罪法條競合，再與密醫罪想像競合（刑法第五十五條）。依刑法第三十五條比較，仍從一重依圖利加工墮胎致死或重傷之加重結果罪處斷（第二百九十條第二項）。

¹³⁷ 參見張麗卿著，刑法總則理論與運用，神州圖書公司，2003年4月，二版，454頁。

¹³⁸ 參見張麗卿著，刑法總則理論與運用，神州圖書公司，2003年4月，二版，454頁。

參、無第九條人工流產之適應症而墮胎

優生保健法對可以合法施行之人工流產，規定有一定之要件，並非毫無條件之限制，若懷胎婦女並無優生保健法第九條第一項各款所定事由之一，而竟施行人工流產之情形，此時這個人工流產手術，因已超出本法所定人工流產之範圍，即係無人工流產適應症而施行之人工流產，即不得主張其所為之人工流產為合法之行為¹³⁹，這時這個人工流產就不能評價為「依法令之行為」，如果並無其他阻卻違法或阻卻責任之事由存在，則仍應依墮胎罪章各罪來評價¹⁴⁰。

這種情形而施行之人工流產，如係經懷胎婦女之囑託或已得其承諾，同時亦無致其傷亡之情形，這時，就該婦女而言，可能該當刑法第二百八十八條第一項(自行墮胎)或第二項(聽從墮胎)之罪。而為該婦女施行人工流產者，如具有合法醫師資格，則只單純屬於刑法上墮胎罪之問題，應按其具體情節，論以刑法第二百八十九條第一項(受囑託或得承諾墮胎)或第二百九十條第一項(意圖營利墮胎)之罪。而如果不幸又造成了墮胎婦女的死或重傷，則更成立(圖利)加工墮胎致死或重傷之加重結果犯。

反之，如該施行人工流產手術者根本就並不具合法醫師資格，則除刑法之「加工墮胎罪」或「圖利加工墮胎罪」外，另

¹³⁹ 83 易 3154：「按懷孕婦女是否符合優生保健法第九條第一項各款所規定之情形，須經醫師之診斷或證明，該法第九條第一項定有明文。被告蕭×惠於本院審理中被問及胎兒是否經檢查後發現不正常時，供稱其並無實際去醫院檢查，則其僅憑一己之揣測懷疑，認為胎兒有畸形之可能，即行墮胎，顯與前揭優生保健法之規定不符。」

¹⁴⁰ 參見蔡墩銘著，醫事刑法要論，景泰文化公司，1995年9月，初版，484頁。

又涉及醫師法之規定，與醫師法第二八條擅目執行醫療業務罪之構成要件相當，從而發生一行為而觸犯刑法、醫師法上罪名之想像競合犯之問題。依刑法第五五條規定，應從一重之醫師法第二十八條之密醫罪處斷。而如果不幸發生了懷胎婦女重傷或死亡之加重結果者，仍從一重，則依圖利加工墮胎致死或重傷之加重結果罪處斷（第二百九十條第二項）。

肆、藥房賣 RU486

RU486 列屬第四級管制藥品，依法，藥房不能販賣，也不能調劑。一般藥局不能販賣，也不能調劑，只有依管制藥品管理條例，向管制藥品管理局申請核准，發給管制藥品登記證之藥局，才得由『合法人員依婦產科醫師之處方進行調劑』。藥房如擅自賣 RU486 予人，首先即違反藥事法及管制藥品管理條例之規定。

基本上，使用 RU486 乃是一種墮胎行為（即第二百八十八條第一項所例示之『懷胎婦女服藥墮胎』），是藥物人工流產，是一種醫療行為，且 RU486 為醫師指定用藥，因此擅自販賣 RU486 之藥師，除違犯相關之藥事法規外，即該當醫師法之密醫罪¹⁴¹。當然藥劑師也不可能是『施行人工流產或結紮手術醫師指定辦法』第三條所定之優生保健醫師，其用藥物為人墮胎自不在優生保健法規範之效力範疇，當然不能阻卻違法，也該當墮胎罪之構成要件。除非他有刑法第二十一條至第二十四條等阻卻違法事由之要件時，才得阻卻違法。或其有阻卻責任事由時，得以阻卻責任。因此藥房如擅自賣 RU486 為人墮胎，

¹⁴¹ 衛署醫字第 0900025377 號：『施用 Mifepristone，應以合於「施行人工流產或結紮手術醫師指定辦法」所定資格之醫師，始得為之。』

成立墮胎罪與密醫罪之想像競合，從而依刑法第五條，從一重之醫師法第二十八條之密醫罪處斷。

網路世界已融入人們的日常生活中，因此，也常見有不少人在網路上販售 RU486，甚或也有用 D.M.廣告在賣 RU486 的，這些情況，同樣也都依此理論斷，而從一重之醫師法第二八條的密醫罪處斷。

伍、 違反施行細則第 15 條

人工流產之實施，在『優生保健法』及『優生保健法施行細則』中都有一定要件之規定，並非毫無條件限制，如果一個墮胎行為並未按照這些規定來施行，則該行為即不在優生保健法所規範的範疇，當然不得主張其所為之人工流產為合法之行為，也就不能依優生保健法而阻卻違法，仍構成刑法墮胎罪。所以即使所有要件都遵守了，但並不是說優生保健醫師即可漫無限制的施行人工流產了，基於醫院及診所各種設施及條件的差異，優生保健法施行細則乃作了不同的限制。

優生保健法施行細則第十五條：「人工流產應於妊娠二十四週內施行。但屬於醫療行為者，不在此限。妊娠十二週以內者，應於有施行人工流產醫師之醫院診所施行；逾十二週者，應於有施行人工流產醫師之醫院住院施行。」因此，如果診所為懷孕十二週以上之孕婦施行人工流產，或醫院為懷孕二十四週以上之孕婦施行人工流產，則已逸出優生保健法之效力範疇，當然不能依優生保健法而阻卻違法，除非另有阻卻違法事由或阻卻責任事由，否則仍該當墮胎罪。但如果係依本條但書之規定，屬於醫療行為者，仍可阻卻違法。

第三項 其他得阻卻違法之例子

合乎優生保健法之各種要件所施行的人工流產行為，固然得以刑法第二十一條第一項規定：「依法令之行為，不罰。」阻卻違法，而不構成墮胎罪。但除此之外，一些該當墮胎罪之行為，如具有其他合乎刑法第二十一條至第二十四條之事由者，也可以阻卻違法，譬如為了避免孕婦之生命健康危險而施行的人工流產或醫師之業務上正當行為等等。再如以下一些例子，看似該當墮胎罪的構成要件，但仔細探究，卻都可阻卻違法，甚至具有兩個阻卻違法事由者，而成立「阻卻違法事由的競合¹⁴²」。當然，只要有其中一種事由，即足夠成立阻卻違法事由之充分條件了。

壹、剖腹生產

台灣有句描述婦女生產的俗諺：『生好燒酒香，生壞四塊板。』由這句俗話可以了解，在早期醫療技術尚未開化時，生產的辛苦與危險。當然，現今的醫療科技是不能與早期同日而語了，但也還是無法完全保證生產的順利與安全。

當一個妊娠或生產，如果遭到了母體或胎兒的併發症，甚或難產時，為了拯救胎兒甚至母體的安全，常常就會需要藉助剖腹產來解決問題。剖腹產是切開腹壁及子宮以娩出胎兒的一種手術¹⁴³，可能是在孕婦生產已至中途，才因難產或突發的狀

¹⁴² 參見張麗卿著，都是瓦斯外洩惹的禍，法學講座，第 13 期，2003 年 1 月，41 頁。

¹⁴³ 參見林武雄編，產科學，合記出版社，77 年 10 月，991 頁。

況而緊急開刀，但也有可能是在一些情況下，譬如胎位不正、骨盆腔狹窄或前次剖腹產¹⁴⁴，而在分娩尚未開始前，即依事先的計劃而排定時間開刀。依刑法墮胎行為之定義：『以人為將胎兒殺死於母體中，或於未至自然分娩時期，以人為使之早產者，即為墮胎。』上述的這些未屆分娩自然發動即依事先計劃排定時間的剖腹產，在我國法律上，看起來似乎都應認為該當了墮胎罪。

在產科臨床上，經陰道自然分娩是第一選擇，開刀往往是不得已的手段。因此，不管是因難產等緊急狀況而開刀，或是事先排定時間的開刀，這些剖腹產手術，都有一個共同點，即是若非如此，可能導致孕婦或胎兒之生命或身體的安全。在這種情況下，這些手術本即可依刑法第二百八十八條第三項規定：「因疾病或其他防止生命上危險之必要」，而免除其刑。或者適用緊急避難之規定（刑法第二十四條第一項）阻卻違法，也應無疑義。而為其手術治療之醫師，若是合法之婦產科醫師，除適用緊急避難之規定外，亦可適用業務上之正當行為（刑法第二十二條），而阻卻違法。

但是，也有一種特別的情形，就是沒有醫學上的適應症，單憑產婦或家屬的要求而擇日施行剖腹產。此種未屆分娩自然發動即依事先計劃排定時間的剖腹手術，既非「因疾病或其他防止生命上危險之必要」，也不是優生保健法第九條第一項規定之六款要件，看起來似乎更應認為該當墮胎罪了。不過這種所謂「選擇性剖腹產」的手術，在醫學倫理上容或有爭論的空間，卻尚不能說它不是個「正當的醫療行為¹⁴⁵」，因此施術之

¹⁴⁴ 參見 F. Gary Cunningham et al : Williams Obstetrics, 20th ed. 1997, p510.

¹⁴⁵ 醫療行為是否正當，應就行為之性質、目的及執行之方法等作判斷。下面幾項可以用來評估一個醫療行為是否正當：（1）以治療為目的（2）主觀上基於執行業務之意思（3）行為必須在業務範圍內（4）行為係醫療

婦產科醫師，仍得依業務上之正當行為（刑法第二十二條），而阻卻違法。不過，當事人之產婦是否該當『聽從墮胎罪』，恐怕就有爭議的地方了。幸而，這種無適應症只因產婦要求而施行的剖腹產，在醫院內部管控機制（如醫學倫理、病歷討論會等）下，已極為少見。臨床實務上，通常都是先有適應症（如前次剖腹產、胎頭骨盆不對稱等）已經決定要剖腹產時，才會允許配合家屬擇日的要求。當然，這種既滿足病家意願，又對新生兒似乎也沒有什麼害處的行為，大概也不會有人去偵查與追訴，不過，這仍是個饒為有趣的問題。

貳、引產催生

在某些情況下，因過期妊娠或其他醫學上的理由，雖然分娩並未自然發動，但臨床上必須給予孕婦引產，也就是一般所謂的催生。此時，因為未至自然分娩時期，乃是以藥物或其他人為方法令胎兒產下，因此，也是個墮胎行為。但是，這些引產催生行為，通常都有其產科上的適應症，也就是都有其醫學上的理由。因此，和前段所討論的一樣，都可依第二百八十八條第三項規定：「因疾病或其他防止生命上危險之必要」，而免除其刑，也適用緊急避難之規定阻卻違法。為其治療之醫師，更可適用業務上之正當行為而阻卻違法。

參、生殖醫學技術中之減胎手術

生殖醫學的進步，圓了許多不孕夫婦的育兒夢，試管嬰兒

業務上所必要（5）不違背善良風俗或法律（6）客觀上有相對人同意。

中心在世界各地也如雨後春筍般地陸續成立。在不孕症的各種療程中，經驗及統計都顯示出，若植入的胚胎越多，則成功率也越大。植入兩個胚胎，受孕率接近 15%，植入四個，則可提高至 25% 左右¹⁴⁶。因此，婦產科醫師為了得到較高的懷孕率及成功率，往往大量使用荷爾蒙來刺激卵巢，使其一次排出更多的卵，俾可將這些卵子受精後一次植入較多的胚胎。但這同時，也使得雙胞胎、三胞胎甚至更多胞胎的機率明顯增加許多¹⁴⁷。而在子宮內存有多胞胎的時候，除了容易造成早產、死產等諸多胎兒的問題外，孕婦也面臨著較多的危險¹⁴⁸。因此，為了讓寶寶健康順利生下，婦產科醫師有時只好建議作減胎手術，來達到這個目的。

經過十餘年的技術發展與器械的進步，減胎術已經做了很多改良，而且也是個很成熟的技術了。因此，在 1995 年的統計報告指出三胞胎沒有做減胎手術，其早產率為 43%，如減胎為雙胞胎時，其早產率則降為 8%；三胞胎之週產期死亡率為 21%，而減為雙胞胎之週產期死亡率則為 3%；三胞胎之自然流產率為 13.2%，其平均體重為 1590 公克，而減為雙胞胎之平均體重為 2280 公克。而由三胞胎減為雙胞胎後，其懷孕及生產之各項結果，與自然受孕的雙胞胎並沒有明顯差異¹⁴⁹。因此，減胎手術在試管嬰兒的療程中，幾乎已經變成了例行步驟。

減胎手術一般是在妊娠滿十週後，經由陰道或腹部伸入一

¹⁴⁶ 參見郭旭崧莊人祥著，山城杏話，合記出版社，85 年 1 月，44 頁。

¹⁴⁷ 參見賴朝宏著，不孕症及其治療，聯經出版公司，1997 年 8 月，初版，96 頁。

¹⁴⁸ 參見中華民國不孕症暨生殖內分泌醫學會編著，不孕症及生殖內分泌學，合記出版社，88 年 1 月，初版，380 頁。

¹⁴⁹ 參見賴朝宏著，不孕症及其治療，聯經出版公司，1997 年 8 月，初版，97 頁。

隻長針，將胚胎殺死或將其吸出¹⁵⁰。因為此時胚胎已著床於子宮壁且有心跳，因此，此時實施減胎術，毫無疑問的，這是一個墮胎行為，該當「加工墮胎罪」之構成要件。但減胎手術係以治療為目的，且為婦產科業務範圍內之必要醫療行為，當然也都會取得相對人之同意，因此是屬業務上之正當行為，此時，婦產科醫師自可主張『業務上之正當行為』而阻卻違法（刑法第二十二條）。另外，如依優生保健法第九條第一項來主張阻卻違法，也不能謂為無理。

肆、子宮外孕

在異常懷孕之情況下，胚囊著床之部位在正常子宮內膜以外的地方，這就是子宮外孕¹⁵¹，又稱異位妊娠。子宮外孕常在已大量內出血休克的情況下才送到醫院急診室，此時往往需緊急手術來治療；而在少數情況下，也有可能早期即發現而以內科方法治療。但不管內科治療或手術治療，都須將胚胎殺死或排除，因此，嚴格說來也算是個墮胎行為。但是，子宮外孕是個危及孕婦生命的緊急情況，因此，該孕婦可依刑法第二百八十八條第三項規定：「因疾病或其他防止生命上危險之必要，而犯前二項之罪者，免除其刑。」免除刑罰，且懷胎婦女已處於緊急危難之情況下，更可直接適用緊急避難之規定（刑法第二十四條第一項）而阻卻違法。

子宮外孕婦女接受手術或內科治療，因其具個人阻卻違法

¹⁵⁰ 參見中華民國不孕症暨生殖內分泌醫學會編著，不孕症及生殖內分泌學，合記出版社，88年1月，初版，382頁。

¹⁵¹ 參見 Leslie Iffy, M.D. and David Charles, M.D. : Operative Gynecology, 1985, p353

事由，故不構成墮胎罪。而為其手術治療之醫師，若是合法之婦產科醫師，除適用緊急避難之規定外，亦可適用業務上之正當行為（刑法第二十二條），而阻卻違法。

第六節 墮胎罪之阻卻刑罰事由

婦女自行墮胎或聽從墮胎，雖有可能成立婦女自行墮胎罪（第二百八十八條一項）或婦女聽從墮胎罪（第二百八十八條二項），但如符合第二百八十八條第三項之規定者，仍得免除其刑。因本章第二百八十八條第三項本來即有規定：「因疾病或其他防止生命上危險之必要，而犯前二項之罪者，免除其刑。」此為基於醫學上之理由而設，因此懷胎婦女雖有墮胎行為，但如係因疾病或其他防止生命上危險之必要而自行墮胎或聽從他人墮胎者，即得免除本條前二項之刑罰。應注意者，本項性質上乃「個人阻卻刑罰事由」，僅阻卻刑罰，而非謂其行為不違法，不能阻卻違法或責任。乃因其期待可能性薄弱，而免除其刑，並非無罪，故仍應論以成立墮胎罪，但免其刑罰。又此項阻卻刑罰事由，其效力僅及於孕婦本人，至於其他參與者，則無援用之餘地。

所以，懷胎婦女因疾病或其他防止生命上危險之必要而墮胎者，雖因其具個人阻卻刑罰事由，故可免除其刑。但受懷胎婦女囑託或得其承諾而為懷胎婦女墮胎者，因罪名各異，適用不同之法條，故與一般之共犯關係不同¹⁵²，而單獨成立加功墮胎罪或圖利加功墮胎罪。除非為其墮胎者是合法之婦產科醫師，則或可適用業務上之正當行為（刑二十二），而阻卻違法

¹⁵² 參見蔡墩銘著，刑法精義，翰蘆出版公司，1999年11月，一版，593頁。

本項免除刑責之事由，所謂疾病，不過例示規定而已¹⁵⁴，懷胎婦女只要是因為疾病之必要或其他防止生命上危險之必要，而施行墮胎，即可適用本項之免刑規定，不以其係處於緊急危難為必要。若懷胎婦女已處於緊急危難之情況下，不論孕婦本人、醫師或其他第三人均可適用緊急避難之規定（刑二十四 I），而得以阻卻違法¹⁵⁵。而不論是醫師抑或任何人，如具有刑法第二十一條至第二十四條所訂之阻卻違法事由之要件，而實施人工流產時，縱未符合優生保健法之規範，亦得阻卻違法。即使未具備阻卻違法事由時，倘具有阻卻責任事由時，亦得阻卻責任自不待言。

我國現已施行優生保健法，因此，懷胎婦女若是因為疾病之必要或其他防止生命上危險之必要，而施行墮胎，如果是由合於優生保健法規定之合格醫師依照優生保健法之規範施行人工流產手術，本即屬於依法令之行為（刑法第二十一條第一項），當然可以阻卻其行為之違法性。另外，即使非因疾病或其他防止生命上危險之必要而墮胎者，縱使並無緊急危難之情況，又無其他阻卻違法事由而墮胎，只要所施行的是合乎優生保健法各項規定之墮胎，即係依法令之行為，皆可以阻卻違法，仍不成立墮胎罪。

並且刑法第二百八十八條第三項，其中規定之事由，和優生保健法第九條第一項第六款：「有醫學上理由，足以認定懷

¹⁵³ 參見林山田著，論殺人罪與墮胎罪，中興法學，13期，67年4月，215頁。

¹⁵⁴ 不過在優生保健法施行細則之附件二中，則詳細列有十七大項的疾病，可作為參考。

¹⁵⁵ 參見林山田著，論殺人罪與墮胎罪，中興法學，13期，67年4月，213頁。

孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。」其實是同樣的精神，且內容近似。既已在特別法中予以規定阻卻違法，刑法上再行重複規定且僅阻卻刑罰，顯屬多餘。何況，如果為了防止孕婦的生命危險而施行墮胎，本即應依緊急避難的法理，認為阻卻違法，實在不需先判斷為成立犯罪，然後再給予免除其刑，故此項規定似應予以刪除較為合宜¹⁵⁶。

¹⁵⁶ 參見林東茂著，刑法綜覽，東林文化公司，2002年10月，一版，214頁。

第六章 結論及建議

第一節 結 論

墮胎是個古老的話題，但儘管幾千年過去了，墮胎所引起的爭論與衝突卻仍愈趨複雜。歲月流逝，墮胎卻依然像個嶄新的話題一樣，仍引起著各種的爭議。因為自人類嘗試控制生育以來，墮胎本就是用來控制生育最古老的方法之一，而它也一直是這些方法當中最引起爭論的一種方法。

一般而言，現代各國對於墮胎行為可罰性的評價標準及範圍，都已較以前顯為緩和多了，而且對在一定規範內所行的墮胎行為也大致都能予以容忍，社會及民眾對此也大概都能接受認可。

台灣地區雖然也在 1985 年 1 月 1 日即開始實施優生保健法，但是有關人工流產合法化的各種爭議（也就是所謂墮胎合法化的爭議），並沒有因此而止息，相關的各種爭議始終一直持續著，至今未休。何況，刑法是刑事法的基本法，雖然在優生保健法實施後，凡是合乎優生保健法規定的手工流產都得以阻卻違法，但只要刑法墮胎罪章存在一日，我們就不能說：「墮胎在台灣已除罪化」。可以說，從法理上探討，我國在立法精神上，原則是禁止墮胎的，只是在優生保健法的規範下，才例外允許墮胎。但實際上，我國現行優生保健法第九條第六款中規定：「因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者」，亦得實施人工流產。依如此寬鬆之規定，使得有意進行墮胎的人，只要遵照遊戲規則，幾乎大部份都可合法墮胎，造

成了『原則是少數，絕大部份是例外』之不正常現象，形成法律與政策的精神分裂，更顯示出法律與政策之矛盾。因此，有必要探討我國有關墮胎的社會環境及時空背景，對墮胎罪的刑事政策及立法方向，再重新作個檢討。

事實上，我國刑法雖設有墮胎罪一章，但對於「墮胎」一詞並未在法條中作明文的定義。墮胎本是個通俗的用語，在一般觀念中，是「為了阻止胎兒之生存，於其自然出生前，用人為方法將其排出母體外，或將其於母體內予以毀滅之行為，均屬墮胎。」不過，法律上所謂之『墮胎』，是否和通俗所謂的墮胎同一意義？學說上，對於墮胎雖有各種定義，但實務上多採折衷說，認墮胎罪之成立，以殺死胎兒或使之早產為要件，而這個實務上對於墮胎之定義，似乎仍然是目前最妥適的定義。我們可以將刑法墮胎罪之「墮胎行為」定義為：『以人為將胎兒殺死於母體中，或於未至自然分娩時期，以人為使之早產者，即為墮胎。』

醫學上，在最後一次月經算起二十週以前之妊娠終止通稱作流產；而如果是用藥物或手術等各種的醫學方法所形成之流產，則稱之為「人工流產」。至於妊娠二十週後至妊娠足月（滿三十七週）前的妊娠終止，醫學上稱之為早產。所以，醫學上所謂的『人工流產』再加上人為的『早產』就是我們一般所稱的『墮胎』了。也就是說，人工流產涵括於墮胎之中，是墮胎行為的一種。當然，醫療實務上絕大部分的墮胎也都是以人工流產行之的。因為，臨床上在妊娠中後期才來實施的中絕妊娠，比率極小，臨床上所施行的墮胎手術，絕大多數都是在妊娠十二週以內實施之人工流產。是故，不管是通俗上、醫療實務上或法律上，一說到墮胎，絕大部分指的，其實就是人工流產，當然，墮胎並不只是包括人工流產。

從法制史來看，墮胎罪之立法，其實歷時並不甚久遠。在

古代社會，墮胎行為並不常被視為犯罪，若干聞名之古代法典，並未見有墮胎罪之規定。法律上禁止墮胎，似係始於羅馬帝國末期至中世紀之寺院法。羅馬天主教會曾非常嚴厲的批評墮胎，將墮胎和謀殺、滅族、自殺、安樂死相提併論，把墮胎和這些行為都看做最卑劣的殺人行為。

墮胎之獨立成罪，且普遍由國家以刑罰權加以禁止之事實，則尚屬近百餘年之事。我國古代律法，也未見有墮胎罪之獨立規定，到了近世，始在大清刑法草案中，仿歐美日本各國通例，增設墮胎罪之獨立規定。民國肇建後，我國歷次刑法不但處罰參與墮胎者，也處罰自行墮胎之孕婦本人，亦係參考歐陸各國之立法例而來。不過，隨著時代環境的變遷，人們的思想觀念甚至道德意識也在變，墮胎合法化，可說已經是近代的立法趨勢。因為，現代社會對墮胎行為大都已不再給予非價判斷，一般國民在意識上也大都不再認為墮胎是一種應予處罰之行為了。所以，近代國家的立法趨勢，可說都是朝墮胎合法化在演進著，且已蔚為現時之世界潮流，縱有爭論也只是合法墮胎之理由及其範圍而已。

在亞洲地區，日本於二次大戰後，即在 1948 年公布舉世聞名的「優生保護法」，允許婦女有條件的合法墮胎，中國大陸、越南、新加坡也是允許無條件合法墮胎的國家。

英國是最早使人工流產合法化的歐洲國家，他於 1967 年就制定了墮胎法，允許有條件之墮胎自由化，而 1990 年的「人類受精和胚胎法」對墮胎又採取了更寬鬆的立場。

德國聯邦憲法法院在 1993 年 5 月 28 日的墮胎判決，就允許婦女在懷孕的前三個月，經過一定的程序之後，自行決定是否墮胎，同時對於這些墮胎不再予以處罰。

影響最廣泛的，首推美國聯邦最高法院於 1973 年 1 月 22 日就羅伊訴威德一案所作的墮胎問題的判決，建立了墮胎權之

基本原則。該判決認定婦女墮胎的決定權屬隱私權的範圍，確立了墮胎是美國聯邦憲法保護之基本權力之一。但是，在懷孕的特定時點上，國家有保護「潛在生命的利益」的必要，此項利益，係於胎兒達到在母體外有生存能力(viability)之階段時，始具有強制力。因此，美國最高法院在本案的判決中，提出了一個影響深遠的三分期式架構原則。之後，在 Webster 及 Casey 兩案中，雖對 Roe 案判決作若干限縮與修正，但基本上，法院並未揚棄 Roe 案所建立的觀點，反而都再次宣示對 Roe 案判決之『核心見解』的重新肯定。

台灣地區婦女，即使在墮胎尚未合法化前，其實早已即相當普遍地訴諸這種非法的行為來終止非預期的懷孕了。因此，我國在當時雖是個法令嚴格限制墮胎的地方，但墮胎卻是個相當普遍存在的現象。事實上，鑑於整個國家及社會的人口壓力問題，台灣在 1950 年代時，蔣夢麟博士即開始提倡節育運動，其後政府也開始致力家庭計劃的推行，並在 1970 年代初期就著手優生保健法的草擬，但是卻經過了十多年的爭議、辯駁、擱置以及修改，遲至 1984 年 6 月 29 日，台灣立法院終於三讀通過優生保健法，於 1985 年 1 月 1 日開始正式實施。台灣自此走入合法墮胎國家之列，允許包括優生性、倫理性、社會性及家庭經濟性原因的墮胎。

但墮胎所引發的各種衝突並沒有就此消失，事實上，相關的各種爭議始終沒有平息，贊成與反對墮胎雙方的爭論依然存在著。在美國，雖然經過了三十年的爭執，此一問題，至今也仍未獲得解決，反而愈演愈烈，贊同墮胎者(pro-choice)與反對墮胎者(pro-life)雙方依舊各執一端，難有交集，似乎毫無妥協餘地。即使在已制定有「優生保護法」的日本，並且在實務上也幾乎從來沒有偵查或審判過墮胎罪，但是對於刑法墮胎罪的修改存廢也仍一直存在著劇烈的爭論。

大體上說，反對墮胎者大多從宗教或人道主義的立場出發，認為胎兒已是一個生命體，是一個人，所以墮胎就是殺人，其中，尤以天主教會是誓死反對墮胎的中心。有些新教徒則較傾向中和立場，認為在某些特殊情況下，教會應贊同墮胎合法。而少數持較激進的解放神學觀點者，則贊成墮胎權也是貧苦婦女應爭取的選擇權。

自由女性主義者則指出，女人應擁有控制自己身體的權利以及決定是否要終止懷孕的選擇自由。他們強調，女性不是不要孩子或不愛孩子，而是要女性的「子宮自主權」，「子宮自由」其實和其他的身體自由、行為行動自由一樣，其危險利弊應由婦女自己來判斷及作決定。因為從懷胎、分娩以至撫育子女，無一不與婦女有密切之關係，關於是否生育，或生育多少，婦女本人應享有最後決定權。因此，墮胎是一個婦女享有的最基本權利，假如一個婦女連自己的身體都沒有權利去控制，那麼她便無法控制她以後的一生了。

雖然贊成與反對墮胎雙方仍不時互見攻防，但這些辯論的餘波卻盪漾在全世界，影響著近代各國的立法。近年來，關於墮胎合法化的主張，似乎不分中外，已成趨勢。

生命權固然居有最高法益的地位，但它卻不是絕對的。既然根據法律，我們可以剝奪他人之生命，例如仍然有多數的國家以「生命刑」做為對於最嚴重之罪行的懲罰，可見生命權的保護，也只是僅具相對的意義，並不是絕對的，也就是說，生命權的保護是相對的。再說胎兒雖是個『潛在的生命』，有可能發展成為一個『人』，但是，墮胎行為並不只是單牽涉到胎兒生命權，它同時也牽涉到孕婦本身之身體自由權。如果限制婦女終止懷孕的權利，無異政府徵用婦女身體而強迫其繼續懷孕，並忍受分娩痛苦，況且在大多數情況下，更要歷經數年之久養育小孩的歲月。而在最壞的情況下，禁止墮胎的法律更可

能毀了該婦女的一生。

仔細審視贊成墮胎與反對墮胎之雙方的觀點，可以發現，有關墮胎的關鍵問題其實並不在胎兒是否是個人，不在胎兒的權利和利益，而是對人類神聖生命的尊重，是和人類生命內在的普遍價值有關，那麼這些贊成與反對墮胎的爭議顯然在本質是近似於宗教的，或者說，墮胎根本就是個道德與宗教的議題。因此，依據政教分離原則，墮胎行為應屬個人之自由，應儘可能地免於他人與國家公權力之干涉。

當然，婦女的這個權利並非是毫無限制的，在懷孕的特定時點之後，在胎兒達到於母體外有生存能力之時，國家就有保護「潛在生命的利益」的必要。因此，本文肯定我國現行的『優生保健法』，雖然仍難免有些瑕疵，但讓墮胎合法化的大方向是正確的。其次，我國優生保健法施行細則第十五條所定，以妊娠二十四週的分界點為胎兒可能在婦女子宮外維持生命的時間起點，自此胎兒生命權在理性與公平上可以凌駕婦女權利，成為法律保護之對象，這一設定也勘稱允當¹。只是，在墮胎合法化已蔚為近代的立法趨勢，且為現時之世界潮流時，若單從我國刑法墮胎罪一章來看，彷彿台灣還是個嚴格禁止墮胎的國家，凸顯出了法律與現實的落差，因此，適度的修改法律顯然還是必要的。

我國現行刑法中，在第二八八條至第二九二條，設有墮胎罪一章。就其中有處罰自行墮胎罪一條來看，墮胎罪所保護之客體，顯然仍是以胎兒為較主要之保護客體，所要保護的主要法益當然係胎兒生命、身體之安全，次及懷胎婦女之生命與身體健康法益，再及善良風俗、人口政策等等公法益。而墮胎罪

¹ 英國在 1990 年的「人類受精和胚胎法」也將懷孕 24 週定為是一個分界點。

章中這些罪，都有一些共同的構成要件，如：有墮胎行為，包括一般之墮胎行為如人工流產以及使用 RU-486 之藥物流產，有行為主體，有行為客體，並造成使胎兒於母體子宮中死亡或使胎兒早產的結果。且本章各罪，皆以故意為構成要件。而除了第二九一條第一項「未得孕婦同意加工墮胎罪」有處罰未遂犯之規定外，原則上墮胎罪皆不處罰未遂犯。

另外，在第二百八十八條第三項有：「因疾病或其他防止生命上危險之必要，而犯前二項之罪者，免除其刑。」之規定。但應注意者，本項性質上乃「個人阻卻刑罰事由」，僅阻卻刑罰，而非謂其行為不違法，不能阻卻違法或責任。

倒是在台灣施行優生保健法後，只要合乎優生保健法規定之要件所行的人工流產（墮胎）行為，即得以阻卻違法，不構成墮胎罪了。然而優生保健法所規定之人工流產仍有其一定之要件，並非毫無條件限制。如果一個墮胎行為之施行並未符合優生保健法所規範的要件，則該行為已不在優生保健法規範之效力範疇，即不能阻卻違法，除非另有其他阻卻違法或阻卻責任之事由，否則仍應論以墮胎罪。譬如：非優生保健醫師而施行人工流產手術、不是合法的醫師竟施行人工流產手術、並無第九條人工流產適應症而墮胎、藥房擅賣 RU-486 或違反施行細則第 15 條關於妊娠週數之限制。

本文最後，除就前面各章的內容作一總結外，並將提出適當的修法建議。

第二節 建 議

第一項 立法矛盾須解決

雖然優生保健法施行後，今日在台灣，只要和其規定要件相符合的人工流產行為，即屬依法令之行為，得以阻卻違法。此時還討論墮胎合法化的問題，似乎很不切實際。但是依法論法，刑法是刑事法的基本法，只要刑法墮胎罪章存在一日，我們就不能說在台灣墮胎罪已除罪化，所以按照我國目前刑法的規定，我國原則上是禁止墮胎的，只是經由優生保健法的規範予以阻卻違法罷了。

可是在優生保健法的第九條第六款中規定，「因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者」，亦得實施人工流產，此條件實甚為寬鬆，且認定標準亦不明確。如依此寬鬆之條件，只要由合格之人工流產醫師執行，幾可將所有之人工流產合法化了，則我國刑法大部份墮胎罪之規定將因此條文而形同具文，鮮有適用之可能²。且造成了『原則是少數，絕大部份是例外』之不正常現象，形成法律與政策之矛盾，就立法技術而言，此種立法至為不當，亟應改進。

因此，本文建議將我國的刑法墮胎罪章作適度之修改，在該章中全面注入墮胎合法化的精神，讓依法令實施的人工流產及墮胎除罪化，唯有未遵照法令規範而施行之墮胎才受刑法之制裁，才是犯罪墮胎。不過，第二百九十一條未受囑託或未得承諾之墮胎，因其較為惡質且行為非價亦較重大，故在任何情況下，仍須保留給予處罰。

² 參見甘添貴著，體系刑法各論第一卷，自刊，1999年9月初版，149頁。

第二項 法律政策方向先確定

當然，在立法政策上，我們首先有必要釐清，我國是要開放墮胎合法化或要限縮墮胎權的範圍。就像美國一樣，我們也必須在「PRO-LIFE」和「PRO-CHOICE」之間定下我國墮胎政策的座標，然後再依此對法律作適度的修改。

若是要採限縮管制的立場，則優生保健法第九條第一項首先必須仔細修改。該條項的第一款至第五款可肯定是符合世界的潮流，也適合當前時代要求，問題不大³。但是第六款『因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者』，則條件甚為寬鬆，且認定標準亦不明確，形同在優生保健法大開後門，讓所有人工流產幾乎都可以合法實施了。因此，如要採限縮管制的方向，則本項第六款的「影響其心理健康或家庭生活」之標準，可能需要在施行細則中作較周詳的規定，譬如加上心理師或精神醫師的評估，甚或加上社工人員的諮詢報告。不過，這些作業如以目前台灣簡陋的心理諮詢及精神醫學環境，恐怕在實際操作時將會遭遇到極大之配合上的困難與困擾，更可能會對懷孕婦女形成一種『不當負擔』。或許，最好的方法，就是直接將此第六款刪除。因為既然要採限縮管制墮胎的立場，則開放第一款至第五款的情形下可合法施行人工流產，已經足夠了。倘如此，既符合墮胎罪並未除罪化的基本政策，也可消弭上述之「原則是少數例外是多數」的不合理現象。

或者，我國的墮胎政策要採全面墮胎合法化的立場，則刑法墮胎罪一章，除了第二百九十一條（未受囑託或未得承諾墮胎罪），因其惡性重大有必要保留外，其餘各罪可一律將之刪

³ 當然，也有人認為第一款與第二款歧視殘障者，而將之比擬為納粹當年的暴行。

除。因為只要有刑法墮胎罪存在，即使訂定多少阻卻違法的規定，墮胎基本上依然是犯罪行為，所以把整章廢棄，只保留第二百九十一條，可以與全面墮胎合法化的政策相吻合。如此，則優生保健法中關於人工流產之規定將不再具阻卻違法之效果，而變成只是行政規範的法條。爾後，刑法並不處罰墮胎，只用優生保健法來規範墮胎行為，如果有不合規定者，再依罰則予以處罰。

第三個選擇是，對墮胎可採開放合法化而部分管制的方向，這和我們現行刑法加上優生保健法的管制方式較接近。但目前的「原則是少數絕大部份是例外」，法律與政策的精神分裂和矛盾之奇特現象，仍必須適當的加以修正。

事實上，在優生保健法立法期間，學者黃越欽也曾主張，只要在刑法有關規定中加上但書來處理即可⁴，也就是將目前優生保健法中有關人工流產的規定直接放入刑法中，類似德國刑法的立法規定。前司法行政部刑法研究修正委員會，也曾於其刑法修正草案初稿墮胎罪章中建議：（1）將現行刑法第二百八十八條第三項阻卻責任之規定，予以刪除。（2）另於第二百九十一條之後，增訂第二百九十一條之一，於第一項規定「懷胎婦女有左列情形之一者，不罰：一、本人或配偶患有惡性遺傳或傳染性疾病者。二、依醫學上知識或經驗，顯示胎兒有導致畸形發育之虞者。三、因疾病或防止生命上危險之必要者。四、因強姦或犯第二百三十條之近親相姦而受孕者」。（3）另以第二項規定「醫師受前項婦女之囑托或得其承諾而使之墮胎者，亦同」。使施行此項合法墮胎之醫師，亦可「不罰」。惟優生保健法已於第九條第一項，設有人工流產之規定，合於所

⁴ 參見醫師公會全聯會所舉辦的座談會摘要，「大家談優生保健法」，刊於台灣醫界，第27卷第6期，73年6月，8頁。

定之要件而施行之人工流產，即係刑法第二十一條第一項之「依法令之行為」，自足阻卻其違法性。此項阻卻違法之事由，既已由優生保健法予以規定，刑法上自無庸再行重複規定。從而，刑法修正草案初稿的這些建議，即未再提出⁵。

第三項 適度修法之必要

既然，墮胎合法化，已是世界各國一致的趨勢，縱有爭論，也只是合法墮胎之理由及其範圍而已，所以再回頭限縮墮胎權，顯然不符時代潮流，而以前禁止墮胎時期的流弊及悲劇也將再重演。但如果要完全的全面墮胎合法化，揆諸我國目前社會環境，恐怕阻力仍多。因此，第三案『部分合法化部分管制』應是較符合當今國情與社會認知的方向，也較符合現代之世界潮流。

但是，因刑法墮胎罪章各條未經修正，所以，形成了如上所述的，刑法之規定墮胎行為基本上是犯罪行為，但卻在優生保健法中大開後門，造成幾乎所有有意進行墮胎的人只要按照遊戲規則大都可合法墮胎，變成了原則是少數絕大部份是例外之這種不合理現象。因此，依照對墮胎採『部分合法化部分管制』的原則，對刑法作適度的修正實在有其必要。

第四項 修法之建議

一、建議：在刑法第二百八十八條第一項規定：「以人為

⁵ 參見蘇朝榮著，墮胎，是耶？非耶？，醫事法學，第一卷第五、六期，75年，84頁。

方式將胎兒殺死於母體中或使之早產者，為墮胎罪。但依法令墮胎者，不罰。」而原來本條之第一、二項則依序往後移到第二、三項。

因此，修改後之第二百八十八條為：

「以人為方式將胎兒殺死於母體中或使之早產者，為墮胎罪。但依法令墮胎者，不罰。

懷胎婦女服藥或以他法墮胎者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。

懷胎婦女聽從他人墮胎者，亦同。」

說明：將墮胎罪之定義明文化，杜絕爭議。並且在但書中明示，依優生保健法施行之人工流產，為不違法之行為。

本條之但書，看似？文，因為不必有此但書，合乎優生保健法規範之人工流產，本來就可依刑法第二十一條第一項：

「依法令之行為，不罰。」而阻卻違法。但是所謂阻卻違法乃是對於法律所禁止的事情，例外加以合法化⁶，因之墮胎依然是犯罪行為。如果能在本條中設一但書，於刑事基本法中明定「依法令墮胎者不罰」，明示依法令墮胎者不是犯罪行為，不待阻卻違法。並可凸顯我國是個有條件墮胎合法化之國家，唯有不依法令之規範而墮胎者才受刑法之制裁，才是犯罪墮胎。不會像現在之情形，如果不看優生保健法，單看刑法，會以為我國還是個嚴格禁止墮胎的國家。

配合刑法此新增之第二百八十八條第一項，然後在優生保健法中將合法之墮胎限定為妊娠二十四週以內之人工流產，二十四週以上者，除非有其他阻卻違法或阻卻責任之事由存在，則仍應依墮胎罪章各罪來評價。如此，在胎兒生命權和婦女墮

⁶ 參見林東茂著，一個知識論上的刑法學思考，五南圖書公司，90年7月，二版，121頁。

胎權間可以有一合理之分界點。而且保留刑法墮胎各罪，加上優生保健法中合法人工流產的各種限制規定，可以既給予合法施行人工流產的婦女最大的保護，而另一方面對不依各種保護規定即施行人工流產者，仍然依刑法墮胎各罪予以追訴，符合國家保護婦女的政策。

而本條中所用「早產」一詞，當然是法律用語，並非指醫學上所謂之早產（妊娠二十週後至妊娠滿三十七週前的妊娠終止），其意涵括受精卵完成著床於子宮壁時至自然分娩止，凡未屆胎兒自然分娩之前使其出生者均是，而不問胎兒是生或死⁷。

二、建議：將現行第二八八條第三項：「因疾病或其他防止生命上危險之必要，而犯前二項之罪者，免除其刑。」阻卻刑罰之規定，予以刪除。

說明：此項事由，即優生保健法第九條第一項第三款：「有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。」同樣之精神，既已由優生保健法予以規定阻卻違法，刑法上再行重複作規定顯屬多餘。況且，如果為了防止孕婦的生命危險而施行墮胎，本即應依緊急避難的法理，認為阻卻違法，而不是先判斷為成立犯罪，然後再免除其刑⁸。

三、建議：將刑法第二百九十二條『公然介紹墮胎罪』刪除。

說明：現今社會，大眾對墮胎的行為非價及其非難性已大幅降低，大部分的國民在意識上已不認為墮胎為應予處罰之行

⁷ 參考多數法學方家之著作，不管是主張胎兒殺害說或早產說，都用「使之早產」一詞。

⁸ 參見林東茂著，刑法綜覽，東林文化公司，2002年10月，一版，214頁。

為。此時，還規定『以文字、圖畫或他法，公然介紹墮胎之方法或物品，或公然介紹自己或他人為墮胎之行為者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。』似乎有點像個笑話。況且滿街醫院和診所有關人工流產的招牌以及報紙上變相的廣告，卻沒人在意或真把它當一回事，刑法中若還保留這個條文，只是徒然斷喪了法律的威信而已。

再說，優生保健法已大幅度的使墮胎行為合法化，醫師要在市招或廣告上介紹人工流產這一合法的業務，似乎也不應再把他看成犯罪行為了⁹。即使要對這些行為加以節制或約束，從比例原則來看，也應該是讓行政法規來管理較為適合。因此，不管我國在墮胎政策上，要採限縮管制的立場、採全面墮胎合法化的立場或採部分合法化部分管制的政策，這一條法律都既不合時宜且又形同具文，應該將之刪除。

四、建議：刪除優生保健法第十三條：「未取得合法醫師資格，擅自施行人工流產或結紮手術者，依醫師法第二十八條懲處。」

說明：本條係重複立法，人工流產本即是一種醫療行為，而未具醫師資格擅自執行該種醫療業務，本就該當醫師法第二十八條所定之密醫罪，在此處實沒有必要再作疊床架屋的規定。

⁹ 參見林東茂著，一個知識論上的刑法學思考，五南圖書公司，90年7月，二版，123頁。